

## POSESIÓN Y PROCESO, ACTO Y RITO, EN LA GÉNESIS DE LOS DERECHOS

Alfonso Castro Sáenz

**Sumario:** 1. Rito y acto en derecho antiguo. 2. Análisis crítico de la estructura de las XII Tablas. 3. Significación del proceso: la presencia del rito en la Ley. 4. Significación de la *familia* y la *successio*: rito y acto en la Ley. 5. Significación de la posesión: la presencia del acto en la Ley. 5.1. De la *possessio* al *dominium*. 5.2. De la *traditio* a la *datio*. 5.3. Concurrencia de derechos *in rem*. 6. Significación de la *stipulatio*: segunda presencia del rito en la Ley. 7. Derecho penal: tercera presencia. 8. *Actio Publiciana* y *bonorum possessio*: posesión y proceso como superación de la Ley. 9. Obligaciones *consensu contractae*: la superación del rito. 10. Obligaciones *re contractae*: la juridización del acto. 11. Hacia un nuevo derecho: el triunfo de la consensualidad.

1. Rito y acto: he ahí las dos realidades inmovibles con las que el investigador moderno se encuentra al aproximarse a la realidad social de la Roma arcaica<sup>1</sup>, en concreto a esa especialísima proyección de lo social que es el ámbito de los derechos. Creo que tal impresión, por otro lado, se mantiene (es más, se refuerza) cuando, más allá de un acercamiento superficial, lo que se produce es una aproximación rigurosa desde los mecanismos que la ciencia jurídica y otras auxiliares<sup>2</sup> ponen a disposición del estudioso, pese a que, sin duda, el terreno de la formación de los derechos resulta en principio abono fácil para las especulaciones y, por otro lado, en él no caben las afirmaciones tajantes al no existir datos suficientes para sustentarlas. Cabe, sin embargo, proceder a un acercamiento serio desde el rigor en los planteamientos, desde el sentido común en la elaboración de las hipótesis; en verdad, el camino a seguir no es tan tor-

<sup>1</sup> La bibliografía sobre la Roma de los primeros tiempos es, como puede imaginarse, muy extensa; entre ellas, destacaría en el sentido que más interesante creo ahora, COLI, "*Regnum*", SDHI, 17 (1951), p. 1 y ss.; el fundamental DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* (Roma, 1959); CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia delle istituzioni arcaiche* (Roma, 1978), con un buen manejo de los diversos instrumentos que permiten el acercamiento riguroso al medio. Sobre la configuración de la *civitas* vid. E DE RUGGIERO, *La "gens" in Roma avanti la formazione del commune* (Napoli, 1872); mucho más recientemente DE MARTINO, *La costituzione della città-stato, Storia de Roma, I, Roma in Italia* (Torino, 1988).

<sup>2</sup> Fundamentalmente, me refiero al concurso de las ciencias historiográficas, como la antropología cultural, no al de curiosidades más o menos extravagantes como la codicología, de utilidad en principio dudosa para el estudio jurídico; no obstante, conviene utilizar estas aportaciones, muchas de ellas genéricas y a veces bien alejadas del medio romano en el que se insertan nuestros propios estudios, con suma prudencia; así, por ejemplo, obras como MAIR, *El gobierno primitivo* (Buenos Aires, 1977, trad. Valcárcel); DURKHEIM, *Las formas elementales de la vida religiosa* (Madrid, 1982, trad. Ramos); SERVICE, *Los orígenes del Estado y de la civilización* (Madrid, 1990, trad. Ruiz de Elvira), tan en boga en tiempos recientes en ciertos sectores doctrinales, y cuyas conclusiones, bien ajenas a la circunstancia histórica romana, hay que manejar con exquisito cuidado, el mismo que no se tuvo en épocas más alejadas en el manejo de obras tan genéricas como las de Splenger, Toynbee o, por ejemplo, TYLOR, *Cultura primitiva, I. Los orígenes de la cultura* (Madrid, 1977, trad. Suárez), obra de 1871.

tuoso, ni la senda tan nebulosa, como pueda parecer a quien se contenta con ser simplemente mero expositor de hechos de sobra conocidos y al alcance de todos: en pureza, de datos espigados e interpretables por cualquiera. Es imprescindible acercarse a la génesis de los derechos para aprehender por entero, en toda su pluralidad de matices, la naturaleza cierta, a veces oculta, del ordenamiento jurídico en todas sus esferas<sup>3</sup>. La línea es recta, pese a todas las reticencias, al venir trazados por las realidades de las que disponemos los argumentos deshilvanables, que sólo se prestan a una lectura lógica y no a tantas como pueda parecer. Una sociedad de inseguridades, como la prehistórica romana (como la prejurídica, de hecho), cuenta con un problema esencial para transformarse de la comunidad precívica que es en la entidad plenamente configurada de la *civitas* que será, que termina siendo: necesita de certezas que aporten una *apariencia* de seguridad que, impuesta al mundo, lo regle, haciéndolo menos incierto. Ello explica que una sociedad cuanto más próxima a sus orígenes esté más preñada de ritualismos se presenta: el rito, que viene de la seguridad *trascendente* de la divinidad, proporciona la seguridad *cotidiana* de lo inevitable, de lo conocido, de lo preestablecido a un mundo confuso, cambiante y oscuro. El Derecho es, antes que nada, rito precisamente que se impone a la realidad del mundo: *apariencia formal* la del Derecho que se adhiere como una segunda piel a la *apariencia material* de los hechos, al contorno tangible que dibuja el hombre en su relación física con las cosas. Pero el Derecho, en realidad, viene a ser un producto *ideal* que se hace *real* sólo de dos modos que se manifiestan inevitablemente unidos: carnalizando la idea jurídica en el soporte real y tangible de la realidad dada de las cosas, en primer lugar, lo que sólo puede hacerse defendiendo unas realidades que se entienden preferibles frente a otras estimadas postergables, en segundo. La única defensa posible en la más antigua época de algo que no son derechos todavía, precisamente porque dependen de la fuerza de quien los esgrime, es la *vis*<sup>4</sup>, substituida por la *potentia* o poder de la autoridad en la sociedad precívica, a medida que las fuerzas individuales se contrapesan y anulan entre sí, produciéndose la progresiva coagulación en formas más amplias de convivencia que van derivando en el nacimiento paulatino de la estructura social. Sólo entonces, desde una autoridad fuerte, las señorías que la *vis* individual sólo permitía construir como fácticas se van haciendo jurídicas: primero se defiende el hecho; luego, en virtud de la carga valorativa que esta defensa incorpora, nacerá el derecho, que por eso, por su origen que es su impronta, será en un principio por encima de todo poder: un poder ahora permanente. Es, de este modo, la posesión hecho paradigmático, recipiente en que se vierte la atención del grupo necesariamente, inevitablemente, para convertirse en ente superior de vida en común. La intención primera es reglar el uso de la fuerza privada, única fórmula para defender la respectiva posición sobre las cosas y las personas en la sociedad precívica, en la nosociedad en definitiva. El rito, las formas que comporta todo Derecho, al trazar previamente, al delinear *a priori* en la vida en comunidad lo permitido de lo rechazado, proporcionan la regla al mundo, que se hace así *socialmente* habitable; rito y acto, o lo que es lo mismo, proceso y posesión, se hallan de este modo necesariamente en la primera célula del organismo jurídico.

---

<sup>3</sup> Gayo lo deja muy claro *ad legem duodecim tabularum* (D. 1, 2, 1): *et certe cuiusque rei potissima pars principium est*, para añadir poco después: *quanto magis interpretationem promittentibus inconveniens erit omissis initiis atque origine non repetita atque illotis ut ita dixerim manibus protinus materiam interpretationis tractare?* Pomponio también en *libri singulari enchiridii* (D. 1, 2, 2): *Necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare*.

<sup>4</sup> Sobre la *vis* y su papel en la época más antigua vid. una buena síntesis en MURGA, *Derecho romano clásico. II. El proceso* (Zaragoza, 1980), pp. 20-21, que, no obstante, sí habla de derechos en la época en que la fuerza privada es lo único que los mantiene: mal, quizás, pueda hablarse de derechos, en mi opinión, cuya "única y visible encarnadura" es la *vis*, que cederá ante otra superior, cesando entonces la señoría, necesariamente fáctica como se ve, de quien la esgrimió, y, al esgrimirla, la pierde o refuerza, sin nota de permanencia alguna.

2. Dentro del *ius civile*<sup>5</sup> el contenido de las Tablas<sup>6</sup> responde a esta estructura previamente descrita, en el ámbito delineado (con la bruma de lo sólo parcialmente conocido) de un derecho que se sabe dentro de unos límites muy precisos, pues la precisión, la concisión, la fijación detallada es lo que proporciona la seguridad que requiere una sociedad todavía esencialmente atenazada por miedos trascendentales, por amenazas que van más allá de lo materialmente humano, de lo explícitamente físico<sup>7</sup>. La ley decenviral será, por tanto, ley (*ius* recogido en el vaciado de la *lex*) pobre de figuras, rígida de mecanismos, segura y formal de estructuras: sólo así, para la mentalidad apegada al terruño del romano arcaico, la realidad, por conocida, por específicamente delimitada, se controla, se *puede*. El objetivo de parquedad es, a la vez, límite que impone la propia limitación interna del intelecto social y jurídico de una cultura poco evolucionada, precozmente empujada a dotarse de una regulación acabada por el impulso de su propia vocación compulsiva hacia el Derecho. La compilación responderá, inevitablemente, a estos patrones. Será breve, concisa, esquemática, lapidaria al modo de su propia lengua, espejo siempre del alma de la nación de la que brota y a la que contribuye decisivamente a forjar: ese latín parco, duro de sobriedades de piedra, hecho para la lápida y para el salmo, obscuro de religiosidades paganas, arcanas, oscuras, forjado para guerreros y para legisladores.

La estructura de las Tablas presenta, como se aprecia fácilmente, una división en cinco bloques bien diferenciados. Las tres primeras están consagradas al derecho procesal; las tablas IV y V al derecho de familia y de herencias, respectivamente; las tablas VI y VII a lo que podríamos llamar derechos patrimoniales, que también podrían englobarse bajo la denominación general de derechos de tipo económico, cuyo contenido son los bienes; las tablas VIII y IX se dedican al derecho penal, que recoge las disposiciones relativas a los delitos privados y a los delitos públicos, o crímenes; finalmente, las tres últimas tablas se ocupan de cuestiones secundarias, reflejo de las preocupaciones sacrales de una sociedad todavía fuertemente ritualizada.

3. No deja, desde luego, de llamar la atención el hecho de que el primer bloque de la ley decenviral, constituido por las tres primeras tablas, se integre por el enunciado de las disposiciones de carácter procesal que incorpora. Antes se recoge la defensa

<sup>5</sup> Sobre este amplísimo tema vid., entre otros muchos, NOAILLES, *Du droit sacré au droit civile* (Paris, 1949), donde se estudia ampliamente el sustrato sacral que provoca el cerrado formalismo de las estructuras del derecho civil romano; GUARINO, *Le origini quiritarie. Raccolta di scritti romanistici* (Napoli, 1973), pp. 28 y ss., donde analiza el peso de la tradición en la cultura y el Derecho romano, y 171 y ss., especialmente 179 y ss., en las que se ocupa del derecho quiritario y el derecho civil; TALAMANCA, *Lineamenti di storia di diritto romano* (Milano, 1989), obra de diversos autores, cuya primera edición, con ciertas diferencias de estructura data de 1979, en concreto *ibidem*, p. 99 y ss., donde se procede al estudio de las líneas fundamentales que caracterizan el código decenviral; en España, vid. las aportaciones de IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones* (1958, Barcelona, 1993), pp. 97-101; *idem*, *Roma: claves históricas* (Madrid, 1985), p. 77 y ss.; *idem*, *Espíritu del derecho romano* (Madrid, 1991), 2ª ed., p. 67 y ss.; *idem*, *Las fuentes del derecho*, en *Arte del Derecho. Estudios romanísticos. Nuevas miniaturas. Última lección* (Madrid, 1994), p. 73 y ss., en la línea fundamental que ha seguido su obra, que destaca especialmente por sus contribuciones al estudio de las esencias, más que de los accidentes, del Derecho; cfr., además, DE LOS MOZOS, *La formación del concepto de "ius civile" en el Derecho romano*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 118.49 = 227 (1969), p. 529 y ss.

<sup>6</sup> Sobre ellas cfr. ARANGIO-RUIZ, *Historia del derecho romano* (Madrid, 1980, trad. Pelsmaeker), 4ª ed., pp. 78 y ss., especialmente 82 y ss., con un espléndido análisis del contenido de las Tablas; CRIFO, *La legge delle XII Tavole*, ANRW, 1.2 (1972), p. 115 y ss; BERNARDI, *Le XII Tavole: i contenute legislative*, *Storia di Roma, I, Roma in Italia*, cit; PARICIO & FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del derecho romano y su recepción europea* (Madrid, 1997), 2ª ed., pp. 59 y ss., especialmente 62, con una síntesis de Paricio puesta al día.

<sup>7</sup> Vid. sobre la contaminación religiosa del derecho arcaico, todavía regado por elementos de naturaleza trascendental, KASER, *Religione e diritto in Roma arcaica*, en *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein* (Stuttgart, 1993), p. 151 y ss.

que aquello que es objeto, razón de la misma, muestra ya, desde el principio mismo de la evolución cuajada del derecho de Roma, de la naturaleza consubstancialmente procesalista del mismo. Naturaleza procesal del derecho romano que, *naturalmente*, quedará emblemáticamente dibujada en el ámbito pretorio de creación procesal de derechos, pero que, ya ahora, se insinúa diáfananamente, cuando el viejo y telúrico *ius non scriptum*<sup>8</sup> se cuaja por vez primera (por vez única) en una codificación ordenada según la lógica que proporciona la coherencia interna del sistema jurídico al que alberga. Si los derechos, en opinión que mantengo desde hace tiempo<sup>9</sup>, se elaboran desde el momento en que la defensa de la autoridad los carnaliza, añadiendo a la idealidad de lo jurídico la realidad de lo coactivo, es esta disposición estructural de las tablas, tan próximas al nacimiento de los derechos, del Derecho, un indicio en tal sentido, una prueba casi, una evidencia.

Indagando un poco más acerca de la estructura interna de las Tablas y en la textura que presenta el elemento social en el que se vierte como solución y de la que brota como producto el Derecho arcaico romano, resulta claro que el hecho de su ubicación primera y su extensión principalísima en el contexto de unas tablas destinadas a recoger el conjunto de derechos de los ciudadanos era poco menos que inevitable. La comunidad precívica, sustentada en virtud de relaciones de fuerza (de fuerza intimidatoria o de agresión) sobre las personas, de dominio (de dominio físico y fáctico) sobre las cosas, sólo empieza a convertirse en una comunidad *civil*, a derivar y estructurarse en formas de convivencia social, en el instante en que unas reglas de juego, queridas por todos, se imponen al desarrollo natural, a menudo *naturalmente* violento, de los acontecimientos cotidianos del vecindaje. Esas reglas, por la propia naturaleza violenta de las relaciones de las que proceden y a las que pretenden reglar, deben imponerse coactivamente, es decir, con la amenaza cierta de la “violencia social”, ante quien se deja llevar por la “violencia individual” en sus relaciones con los demás miembros del cuerpo social. Eso significa que de forma natural y espontánea el derecho esgrimido por alguien en el seno de la comunidad sólo viene a formar parte del Derecho, sólo viene a ser Derecho, cuando existe el mecanismo imperativo que hace efectivo su cumplimiento. Es fácil imaginar en el ámbito de una comunidad primitiva, que empieza a “socializar” sus estructuras hacia la configuración ordenada de la *civitas*, la lenta elaboración de los derechos: la realidad conflictiva de una situación concreta haría reaccionar a la autoridad, probablemente a instancias del propio interesado, moviéndola a intervenir coactivamente para restablecerlo en la posición previa. La constatación de la *bondad* de la medida para la convivencia social, para la *vivencia* de la sociedad como tal, la cualificación de unas situaciones frente a otras, la repetición, en definitiva, de idéntica petición de ayuda por parte de otros miembros del grupo y de su concesión por el jefe, el rey o el magistrado, todo ello contribuiría al establecimiento con carácter permanente del mecanismo de defensa y, a través de él, del nacimiento de una señoría, de un poder, también permanente y por ello ya jurídico, de un derecho, por tanto, del hombre en el contexto de la vida social. Este proceso, que es prejurídico primero, jurídico luego, no es, lógicamente, estudiable desde la perspectiva de lo que es perfectamente delineable en épocas plenamente históricas por la acumulación y análisis de datos concretos, concretizables; a su formulación contribuyen, aparte del sentido común que ha de presidir todo estudio con pretensiones científicas, el análisis del medio, la propia realidad procesal de un derecho que, como el pretorio, se hace a imagen del civil, con el objetivo de adecuarlo y completarlo procesalmente desde el *factum*, y por tanto se hace también desde la defensa (ya jurídica) del hecho, y, desde luego, la significativa colocación de

---

<sup>8</sup> Cfr. en este sentido I. J. 1, 2, 3; I. J. 1, 2, 9.

<sup>9</sup> CASTRO, *Algunas notas complementarias sobre derecho sucesorio, derecho de familia y derechos patrimoniales* (1994), ahora en *Estudios de derecho sucesorio romano*, en prensa.

las disposiciones procesales al inicio de la compilación decenviral. Para los decenviros, no es derecho sino aquello que se defiende como tal, hasta el punto de que la defensa es la encarnadura del derecho, su vía de expresión más natural y significativa, su piel. En la patología presocial, presidida por la violencia, que el Derecho viene a superar, reside el hecho de que la vertiente patológica de los derechos venga antes que su desarrollo fisiológico: el derecho se *activa* cuando se defiende. Existe, en definitiva, cuando se lo hace existir y sólo se lo puede hacer existir, en una comunidad que bebe sus raíces en la prehistoria, cuando su imperatividad lo impone al mundo: cuando su fuerza coactiva convierte a la idea en realidad.

Los principios que dibujan la anatomía de este cuerpo procesal son simples, rectos, como cuadrados en su simplicidad de mármoles esculpidos. El proceso, que delinea ante el magistrado la confrontación privada de dos hombres (de dos ciudadanos ahora) que se enfrentan por algo (cosa, acto, derecho), se divide en dos fases, una ante el pretor, que fija y dirige, otra ante el juez o jueces, que escuchan y deciden. La simplicidad de las formas a las que los participantes quedan atados, como en un ritual mágico que ahuyenta la violencia, es realizada aún más, si cabe, por la breve concisión del número de las vías procesales con que se contiene: tres acciones declarativas, con las que defender el derecho vulnerado y obtener del órgano pertinente la declaración de la ofensa y la cuantía de la reparación que merece; dos acciones ejecutivas, con las que propiciar la ejecución de la sentencia declarativa si se considera oportuno, bien aprehendiendo físicamente al deudor (*manus iniectio*<sup>10</sup>), bien aprehendiendo materialmente los bienes del mismo (*pignoris capio*<sup>11</sup>).

En las XII Tablas no es en modo alguno seguro que se hallasen comprendidas las cinco acciones que fueron denominadas, por referirse al derecho de las Tablas, acciones de la ley; más bien sabemos que no fue así. La primera de ellas, llamada *actio legis per sacramentum*<sup>12</sup>, la más antigua y general, de la que se desgajaron las otras dos declarativas, si se recogía en la regulación decenviral sin duda alguna. Con respecto a las otras dos, en realidad derivaciones de la anterior efectuadas con un curioso procedimiento en el que vienen como a desprenderse de la primigenia acción, la situación no es en modo alguno tan clara. La segunda acción declarativa, la *actio legis per iudicis postulationem*<sup>13</sup>, pudo aparecer en las XII Tablas como vía procesal autónoma, aunque fue una posterior ley Licinia la que delimitó de forma definitiva el supuesto de hecho tutelado. A su vez la tercera, de honda influencia en el derecho romano posterior, la llamada *actio legis per condictionem*<sup>14</sup>, fue introducida por una *lex Silia* del año 300 a.C. y finalmente perfilada por una *lex Calpurnia*, quizás del 250 a.C. En cuanto a las dos acciones ejecutivas, que introdujeron en la estructura procesal viejos procedimientos intimidatorios de carácter político, la situación es aún más excepcional, sobre todo en el caso de la segunda, la *actio legis per pignoris capionem*, considerada en tiempos de Gayo, en el siglo II –es decir, unos seiscientos años después de la promulgación de las Tablas–, como la quinta acción de la ley, aunque sus anomalías hacían dudar a algunos romanos

<sup>10</sup> En Tabla III, 1-4; vid. además NOAILLES, "Manus injicere", RH, 21 (1942), p. 1 y ss.

<sup>11</sup> Vid. Gai. 4, 32; resulta de interés desde luego PUGLIESE, *Gaio 4, 32 e la "pignoris capio"*, *Mélanges Meylan*, 1 (Lausanne, 1963), p. 279 y ss., ahora incluido en *idem, Scritti giuridici scelti*, 1 (Napoli, 1985), p. 317 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. Gai. 4, 16-17; vid. una útil aproximación a la naturaleza y esencia de esta antiquísima figura procesal en FREZZA, *Ordalia e "legis actio sacramento"*, AG, 142 (1952), p. 83 y ss.

<sup>13</sup> Gai. 4, 17; vid., además, *idem*, *Osservazioni sulla "legis actio per iudicis postulationem"*, SDHI, 9 (1943), p. 21 y ss.

<sup>14</sup> Cfr. Gai. 4, 17 b-20; vid., además, la aproximación al tema de ROBBE, *La legis actio per condictionem*, *Studi Urbinati*, 13 (1939), p. 1 y ss.

hasta de su entidad propia como una *actio* autónoma, dado que, al parecer, entre otras extrañas características, parecía no ser necesaria siquiera la presencia del magistrado durante su tramitación –algo verdaderamente insólito–; por su parte, la *actio legis per manus iniunctionem* se asienta en un recurso antiguo, desde luego existente en época decenviral, como refleja el testimonio de Tito Livio, 3,56 o el de Aulio Gelio, 20,1,44, entre otros muchos<sup>15</sup>, aunque una *lex Vallia*, de fecha incierta pero desde luego bastante reciente, en torno al inicio del siglo II a.C. según Levy-Bruhl<sup>16</sup>, vino a reformarla, extendiendo a su aplicación lo que hasta entonces era propio de las *manus iniunctiones* extrajudiciales<sup>17</sup>.

4. Una vez que se expone cómo se defienden los derechos, la ley decenviral pasa a describir qué se defiende con las acciones. La ubicación, en primer lugar, del derecho de familia responde a la obvia necesidad de partir de la célula mínima en que se estructura el cuerpo social romano; de su análisis interno, de la exposición de su textura íntima como organismo social y político, y no sólo sentimental<sup>18</sup>, dentro del tejido constitutivo de lo romano, debe partir todo el edificio jurídico, todo su estudio también. Más significativo resulta, en esta línea, por lo que de evitable tenía, por lo que lo no evitado demuestra, el hecho de que a continuación se ubique en la tabla V la regulación del derecho de herencias. Esta decisión del compilador decenviral, así como la circunstancia que un estudio detallado de las Tablas aporta de que es el derecho sucesorio el único que reúne en torno a sí una regulación acabada, cerrada, completa, indica, muy a las claras, la enorme trascendencia que tal parcela jurídica tenía para el romano antiguo, así como es muestra de la consubstancialidad al quehacer jurídico romano de la sucesión, de las sucesiones, dentro de un derecho sólo tíbiamente patrimonializado en época arcaica, pero en el que la patrimonialización posterior de los derechos en ningún modo le hará perder importancia.

Un análisis de los preceptos decenvirales relativos al derecho de familia, de otra parte, arroja una serie de conclusiones inmediatas que, aunque susceptibles de matización, no son menos esenciales. En primer lugar, se observa la diversa posición que dentro del organismo familiar detentan sus integrantes; mientras uno de ellos, que no depende de sujeción ajena alguna, recibe la calificación jurídica de *sui iuris*<sup>19</sup> y reúne en su persona la acumulación de los poderes de gestión interna y representación hacia el exterior de la familia, los demás ocupan una posición más postergada en términos de poder puro, y precisamente por tal postergación, en virtud de su dependencia de potes-

<sup>15</sup> Cfr., por ejemplo, sobre esta acción Gai. 4,21, 4,48, y en las propias *Noctes atticae* de Aulio Gelio los textos integrados en 4,4,2; 20,1,37 e incluso 20,1,52.

<sup>16</sup> LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la Loi* (Paris, 1960), p. 309.

<sup>17</sup> Gai. 4,23.

<sup>18</sup> Pero cfr., en cualquier caso, VOLTERRA, *Ancora sul problema della famiglia romana*, RISG, 89 (1952-1953), p. 402 y ss.; VOCI, *Qualche osservazione sulla famiglia romana arcaica*, SDHI, 19 (1953), p. 307 y ss., incluido en *Studi di diritto romano*, 1 (Padova, 1985), p. 197 y ss.; PUGLIESE, *Aperçu historique de la famille romaine*, *Annales Fac. Droit Istanbul*, 3 (1954), p. 11 y ss., incluido en *Scritti giuridici scelti*, 3 (Napoli, 1985), p. 319 y ss.; KASER, *La famiglia romana arcaica*, *Conferenze romanistiche Università Trieste* (Milano, 1960), p. 37 y ss.; GAGÉ, *Enquêtes sur les structures sociales et religieuses de la Rome primitive* (Bruxelles, 1977); AMIRANTE, *Famiglia, libertà, città nell'epoca decenvirale*, en *Società e diritto nell'epoca decenvirale* (Napoli, 1988), p. 67 y ss.; SERRAO, *Individuo, famiglia e società nell'epoca decenvirale*, *ibidem.*, p. 85 y ss.; FAYER, *La familia romana* (Roma, 1994), especialmente pp. 17 y ss., 123 y ss.; FRANCIOSI, *Famiglia e persona in Roma antica. Dall'età arcaica al principato* (Torino, 1995), 3ª ed.

<sup>19</sup> La mujer, que puede ser *sui iuris*, no puede ser, sin embargo, jefe de la *familia*, curioso paralelismo con lo que ocurre en la estructura más amplia de la *civitas*, todo lo que hace destacar el carácter –en qué medida es complicado saberlo– político también de la *familia proprio iure*; vid., desde luego, D. 50, 16, 195, 2.

tad ajena, son calificados por el Derecho como *alieni iuris* y no se les reconoce titularidad plena de derechos ni de facultades<sup>20</sup>.

El *sui iuris*, que, si es hombre, recibe la consideración de *paterfamilias*, descompone su *patria potestas* en diversos poderes concretos: *ius vitae necisque*<sup>21</sup>, o derecho de vida y muerte sobre las personas que están bajo su potestad; *ius vendendi*<sup>22</sup>, o derecho a vender a quien de él depende, si lo estima oportuno; *ius noxae dandi*<sup>23</sup>, o entrega al ofendido del hijo bajo su potestad que lo ofendió, librándose así de la responsabilidad que, como *pater*, podría acarrearle el comportamiento ilegítimo del *filius*.

El hecho de que tal poder, en principio absoluto, fuera limitado por una especie de consejo familiar, integrado por los miembros más destacados de la *familia* en razón de su edad, es objeto de controversia: la existencia de tal *consilium* me parece más que probable<sup>24</sup>, pero su verdadero peso ante la capacidad del *paterfamilias* a la hora de tomar decisiones es muy difícil de determinar, dada la ausencia de datos definitivos en uno u otro sentido, sin que, en mi opinión, el auxilio de ciencias colindantes, como la antropología o la sociología histórica, ayude de una forma definitiva en la tesitura de inclinarse ante una u otra posibilidad. Más definitivo me parece el hecho de que en la propia contextura íntima de su poder, en principio absoluto, halle quien lo detenta el límite, más moral que jurídico, ético y trascendente más que cualquier otra cosa, en la toma de decisiones concretas. Como escribí en otra ocasión, si se me permite una autocita, en su poder poder-hacer subyace un no poder querer-hacer<sup>25</sup> que circunscribe su actuación dentro de los límites éticos que conforman la conciencia que de sí tiene todo padre de familia romano: eslabón en el presente de una larga cadena que en él tiene la conexión entre pasado y futuro, el *pater* se mira inevitablemente en el espejo de lo pretérito para poder convertirse en modelo de lo porvenir.

<sup>20</sup> Esto, se quiera o no, es así, aunque puedan pretenderse, con mayor o menor rigor, las matizaciones oportunas. Multitud de fuentes avalan la posición prevalente de uno sobre los demás dentro de la célula familiar, por más que no sea adecuado esquematizar en exceso dicha realidad, como quizás hayan hecho algunos lectores simples de BONFANTE, *Corso di diritto romano, I. Diritto di famiglia* (1925, Milano, 1963), o *idem*, *Scritti giuridici varii. I: Famiglia e successione* (Torino, 1918), ni deducir consecuencias quizás tan tajantes como las del propio maestro italiano. No es, sin embargo, defendible, más que como deseo, que el poder del *paterfamilias* sea objeto de recortes tan amplios como quiere cierto sector doctrinal, incluso con manifestaciones muy recientes, cuyos representantes en realidad las más de las veces se ocupan de la familia romana tangencialmente como paso previo al estudio del derecho sucesorio, más interesante para ellos al ser derecho de clara realidad patrimonial: tal afirmación, que no se sostiene a duras penas más que con lecturas negativas de todas las fuentes que propugnan la idea contraria, al no haberlas en la dirección que les interesa, supone incurrir en un *maniqueísmo* jurídico, si cabe más pernicioso que los esquematismos en exceso simplistas de los más airados bonfantianos. Que el poder del *paterfamilias* tenía límites era seguro; que esos límites lo convirtieran poco menos que en un igual de los sometidos a su *potestas*, impidiéndole, por ejemplo, desde el principio testar libremente, es tesis que, en pureza, no se sostiene sobre un solo dato seguro; vid., en cualquier caso, *infra* n. 30-31.

<sup>21</sup> Vid. ALBANESE, *Note sull'evoluzione storica del "ius vitae ac necis"*, *Scritti Ferrini. Pubblicati in occasione della sua beatificazione*, 3 (Milano, 1948); HARRIS, *The roman fathers power of life and death, Studies in Roman Law in memory of A. Arthur Schiller* (Leiden, 1986), p. 81 y ss.

<sup>22</sup> Tema muy en relación con la *expositio*; vid. LANFRANCHI, "*Ius exponendi*" ed obbligo alimentare nel diritto romano classico, *SDHI* (1940), p. 37 y ss.; sobre la atención consagrada a este controvertido derecho del *paterfamilias* vid. sobre todo NARDI, *Ancora sul "ius vendendi" del "paterfamilias" nella legislazione di Costantino*, *Sodalitas Guarino*, 5 (Napoli, 1984), p. 2287 y ss.

<sup>23</sup> Vid. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité* (Bruxelles, 1947).

<sup>24</sup> Cfr. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, *RISG*, 2 (1948), p. 103 y ss.; KUNKEL, *Das konsilium im hausgericht*, *ZSS*, 83 (1966), p. 219 y ss.; BALDUCCI, *Intorno al «iudicium domesticum»*, *AG*, 191 (1976), p. 69 y ss.; RUGGIERO, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, *Sodalitas Guarino*, 4 (Napoli, 1984), p. 1593 y ss.; THOMAS, *Remarques sur la jurisdiction domestique à Rome, en Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine* (Roma, 1990), p. 449 y ss.

<sup>25</sup> CASTRO, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica* (Sevilla, 1998), I & I. 3, p. 44.

Concebido en tales términos de trascendencia social en virtud del papel que desempeña, cuestión de primera magnitud para el hombre romano termina siendo (empieza siendo) la necesidad de llenar el vacío dejado en la colmena de la *civitas* por la desaparición de un *paterfamilias*, especie de celda hueca cuya carencia hace sangrar a todo el tejido social. Vivo, puede desaparecer un *pater* sí, arrogado por otro, él y su familia se subsumen necesariamente en la familia del arrogante; muerto, se hace imprescindible que, en virtud del mecanismo jurídico de la sucesión, se encuentre uno, varios, que ocupen su lugar. Ambos hechos, relacionados pero independientes, pese a la gran cantidad de hipótesis que han tendido a identificar (más bien a confundir) ambas instituciones, requieren de un vehículo jurídico a la altura de la honda trascendencia social que la pérdida que implican supone; por ello, la *adrogatio*<sup>26</sup> es una de las competencias de los comicios curiados<sup>27</sup>, que con su presencia han de certificar (“santificar”, pudiera decirse) la desaparición de una de las familias que integran la *civitas*; por ello, el testamento, en su más antigua forma, se realiza ante el pueblo reunido en asamblea, o bien, ante el ejército antes de entrar en batalla. Presentado así, tal y como es concebido desde la perspectiva jurídica del romano de los tiempos más antiguos, el derecho sucesorio recibe inmediata y completa regulación tras la exposición del derecho de familia. La necesidad, vivida como imperativo categórico, vivida y vívida por tanto, no sólo para la creación de una plataforma que afronte adecuadamente los problemas de la entera sociedad romana, sino como una cuestión de supervivencia para el ciudadano romano, cómoda, inevitablemente instalado en la carne acogedora del círculo familiar como horizonte vital más próximo, más irrenunciable, obliga a la configuración decidida de una regulación de las sucesiones lo más completa posible. Atrapado en un mundo de inseguridades que lo sitúan vitalmente, el romano de la época arcaica se construye un mundo donde las certezas aporten la imprescindible seguridad jurídica: el riesgo asusta, por lo que las obligaciones apenas sí están dibujadas; la permanencia se necesita, como el soplo más íntimo de la vida, de su forma de ver la vida, de vivirla, verla y reglarla, lo que propiciará que todo el talento, bronco pero innegable, precoz en la propia sencillez inapelable de sus mecanismos más característicos, que atesora el hombre de la Roma arcaica, se vuelque inevitable, inexorable, irrenunciablemente en la configuración de un derecho sucesorio completo. La tarea, a todas luces, fue un éxito desde luego; frente a la tosquedad de las formas procesales contenidas en las primeras tablas, frente al dibujo esquemático de una propiedad desgajada del hecho posesorio y de unos derechos reales limitados aún no desprendidos de la propiedad, frente a unas obligacio-

<sup>26</sup> Cfr. Gell. 5, 19, 5-6-7-8-9-10; Gai. 1, 99-100-101-102; Gai. 3, 83; Ulp. 8, 3-4-5-6. Sobre la naturaleza de la *adrogatio* coincido con la apreciación de D’ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1989), 7ª ed., p. 329, que destaca la similitud entre *testamentum* y *adrogatio*, dos figuras que, en cualquier caso, son distintas. En la dirección que me parece más acertada de considerar ambas figuras jurídicas como diferentes inciden BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 20; DE FRANCISCI, *Sintesis histórica del Derecho Romano* (Madrid, 1954), p. 166; FRANCIOSI, *L’heres extraneus e le dodici Tavole*, LABEO, 10 (1964), p. 353; AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, I (Torino, 1966), pp. 5 y 29; IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., pp. 557-558. Cfr., no obstante, entre los que asimilan ambos actos, PEROZZI, *Istituzioni di diritto Romano*, II (Milano, 1949), p. 454; JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano* (Barcelona, 1965, trad. Prieto Castro), p. 438; COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, *Scritti di Diritto Romano*, 5 (Napoli, 1972), p. 645, todos los cuales ven en este tipo de testamento una *adrogatio* testamentaria. Vid., además, WESTRUP, *La succession primitive devant l’histoire comparative* (Paris, 1928), p. 32; KASER, *Derecho privado romano* (Madrid, 1968, trad. Santa Cruz Teijeiro), p. 281, que consideran como derivación de la *adrogatio* el testamento comicial; en una línea semejante, con matices, SEGRÉ, *Ricerché di diritto ereditario romano* (Roma, 1930), p. 40; ARANGIO-RUIZ, *La genti e la città* (Messina, 1914), p. 61, ahora en *Scritti di diritto romano*, 2 (Camerino, 1974) p. 577; además TORRENT, “*Venditio hereditatis*” (Salamanca, 1966), p. 47; *idem*, *La “adrogatio” en el sistema de las sucesiones universales “inter vivos”*, RIDA, 14 (1967), p. 448; GUARINO, *Diritto Privato Romano* (Napoli, 1997), 11ª ed., p. 575, n. 48.4.1; por su parte, PAOLI, *Le testament “calatis comitiis” et l’adrogation d’Octave*, *Studi Betti*, 3 (Milano, 1962), p. 527 y ss., considera que el testamento comicial y la arrogación son fases de un mismo acto jurídico.

<sup>27</sup> Vid. sobre esto, entre otros muchos, ARANGIO RUIZ, *Historia*, cit., p. 27.



nes cosificadas, formalistas y pobrísimas, frente a la hosquedad obscura de un derecho penal centrado en el *furtum* y en los *crimina* de la órbita de un Estado provinciano, las sucesiones aparecen construidas con un criterio globalizador, que nos da una ordenación entera y rigurosa de los problemas todos que la muerte del titular de derechos trae al Derecho. No hay ni una sola institución jurídica imprescindible y característica del derecho sucesorio que no se halle perfectamente delimitada en el derecho decenviral; en este concreto ámbito, el derecho pretorio no hizo sino duplicar los mecanismos, atenuado por la naturaleza intrínseca de un ordenamiento que, como el romano, rechazaba la posibilidad de reforma o adaptación desde dentro de un *ius civile* concebido como algo sagrado. De esta forma, se delinea un sistema binario de sucesiones en torno al gran invento del derecho civil romano y el primero del genio jurídico de Roma: el *testamentum*<sup>28</sup>, negocio jurídico por completo desconocido en los derechos mediterráneos, que utilizaban de otros expedientes para propiciar la sucesión del titular fallecido<sup>29</sup>. Junto a éste, la ley, en ésta su quinta tabla, recogía un orden de sucesión en caso de ausencia de testamento válido, que, llamada sucesión legal, se dio en llamar *ab intestato* o intestada, en oposición a la sucesión preferente, que era la testada, en opinión que mantengo<sup>30</sup>, junto a otros<sup>31</sup> antes que yo, pero que ha sido contestada fuertemente<sup>32</sup> y que

<sup>28</sup> Cfr. D. 28-1-2-3-4-5-6-7-8; D. 29-1-2-3-4-5-6-7.

<sup>29</sup> Vid. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali* (1937, Bologna, 1983), p. 155 y ss., donde se destaca la sorprendente originalidad del testamento romano frente a los mecanismos propios, en situaciones análogas, de los derechos egipcio, babilonio, hebreo o griego, donde a veces se acudía a expedientes como la adopción para asegurar la sucesión de quien aún no había muerto.

<sup>30</sup> Vid., especialmente, si se desea, acerca de las controversias sobre el carácter preferentemente testamentario o legal de las sucesiones en esta época y la literatura amplísima a la que han dado lugar, recientemente CASTRO, *Sobre la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana*, *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Orense, abril de 1998 (Orense, 1999); puede verse ahí la consignación detallada de la nutrida bibliografía consagrada al tema y mis argumentaciones a favor del carácter testado de la sucesión arcaica; entre ellas no son las menores --y desde luego no las únicas-- aquellas que inciden en el carácter originalísimo del *testamentum* romano, que casa mal con un papel irrelevante en la sociedad que lo tejió y que dotó a sus formas primigenias de enorme trascendencia social; la naturaleza *juridicamente* omnímoda de la *patria potestas*, que no por matizable se puede obviar sin cerrar los ojos a la rotundidad de las numerosísimas fuentes, y que sólo se limita (en pureza se autolimita) *moralmente*; la propia evolución del fenómeno sucesorio, en general, y de diversas instituciones sucesorias en particular, como la *usucapio pro herede* o la legítima, que muestra indirectamente en época antigua, con su exigencia meramente *formal* de nombrar a los familiares más próximos para instituirlos o desheredarlos, que se los podía obviar en lo *material* perfectamente en el testamento; etc. Traté de estos temas igualmente, pero dentro de un contexto más amplio, en *idem*, *Sucesión testamentaria*, I Seminario de Derecho Romano de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, 1998); *idem*, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, cit., I & 1. 3, p. 42 y ss.; con nueva atención pormenorizada otra vez en *idem*, *La sucesión en derecho romano: fundamentos sociales y jurídicos*, tres trabajos sobre la sucesión testada, intestada y legítima, en vías de publicación, el tercero ya en prensa en BIRD, 98-99 (1995-1996).

<sup>31</sup> Vid., entre otros pero especialmente, BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 7 y ss. e *idem*, VI. *Le successioni. Parte generale* (1930, Milano, 1974), p. 77 y ss.; vid., además, *idem*, *Scritti*, I, cit., pp. 18-508; BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni* (Milano, 1943), pp. 6-7; BETTI, *Ancora in difesa della congettura dal Bonfante sulla familia romana arcaica*, SDHI, 18 (1952), pp. 241-248; en España, fundamentalmente, IGLESIAS, *La herencia en Derecho romano y en Derecho moderno*, en *Estudios: Historia de Roma. Derecho romano. Derecho moderno* (1968, Madrid, 1985), 2ª ed., p. 253 y ss.; también vid. *idem*, *Derecho romano*, cit., p. 524 y ss.

<sup>32</sup> Vid. entre otros, RIVIER, *Successions a cause de mort en Droit Romain* (Bruxelles, 1878), p. 137; CARPENTIER, *Essai sur l'origine et l'entendu de la règle "nemo por parte testatus pro parte intestatus decedere potest"*, NRH, 10 (1886), pp. 449-474, especialmente 461; FILOMUSI GUELF, v. *Successione*, *Digesto italiano*, XXII, 3ª (Torino, 1889-1897), p. VII y ss.; WESTRUP, *op. cit.*, p. 32 y ss.; SEGRÉ, *op. cit.*, p. 5 y ss.; SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali* (Roma, 1934), p. 29; DAUBE, *Intestatus*, RH, 15 (1936), p. 341 y ss.; VOCI, *Esame della tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, *Studi Arancio-Ruiz*, I (Milano, 1952), pp. 101-146, especialmente 134 y ss.; KASER, *Derecho romano*, cit., p. 298 y ss.; en España, fundamentalmente, TORRENT, *Venditio*, cit., p. 51; VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, *Estudios Álvarez Suárez* (Madrid, 1978), pp. 535-560, con exhaustiva bibliografía y un completo análisis de los diversos aspectos del problema.

no goza precisamente de gran predicamento entre la más reciente corriente que sobre el tema ha venido a pronunciarse<sup>33</sup>.

El llamamiento *ab intestato* comprendía en realidad tres llamamientos simultáneos a tres órdenes de parientes del causante de la sucesión o *de cuius*: en primer lugar, se llamaba a los *sui heredes*<sup>34</sup> o parientes más próximos del fallecido, principalmente sus descendientes, aunque no sólo ellos, que sucedían de forma automática en función de su propia condición previa de sucesores *sui et necessarii*; en caso de ausencia de *suus heres* (cosa que no debía de ser muy frecuente, dada la posibilidad de repudio de la mujer estéril y de la adopción de un *filius*, y hasta de un *pater* extraño a la familia, si fuese necesario) se llamaba al próximo agnado, pariente colateral del causante en virtud de una pasada sujeción común a idéntica potestad ajena; finalmente, si no existía pariente alguno por agnación, situación que debía ser realmente insólita en la práctica de una sociedad endogámica y poco receptiva ante las vidas que se separaban de los caminos social y familiarmente trazados de forma casi preestablecida, se acudía al grupo gentilicio, todavía receptor de indudable importancia social.

Muerto el *paterfamilias*, y con independencia de la delación testamentaria o legal de la herencia, los descendientes sometidos a la potestad del fallecido se convertían, con independencia de lo que les hubiese correspondido en el reparto hereditario, en sujetos *sui iuris*, pudiendo constituirse un *consortium* entre todos los hermanos (*inter fratres*) llamado *ercto non cito*<sup>35</sup>, con el objetivo de mantener el patrimonio unido y no debilitar el poder de la *familia*, en una época en que éste tenía mucho que ver con el número de tierras y el número de brazos para labrarla o para ir a la guerra. Que tal consorcio es compatible perfectamente con la sucesión en la soberanía<sup>36</sup> que defiende emblemáticamente Bonfante<sup>37</sup> y en virtud de la cual el *paterfamilias* podía nombrar sucesor en la dirección familiar, es evidente por el hecho de que el consorcio era voluntario y no forzoso, y porque, existiendo, sería imprescindible que uno de los hermanos, el nombrado por el padre, o en defecto de nombramiento, el elegido por sus hermanos, lo dirigiese, o al menos lo coordinase; que el consorcio era en la práctica esencialmente voluntario lo muestra la circunstancia de que existiese una acción de división de la comunidad, la *actio familiae*

<sup>33</sup> Vid., por ejemplo, sólo en España, FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano* (Madrid, 1997), 3ª ed., p. 459; RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en derecho romano. "Querella inofficiosi testamenti": fundamentos y régimen clásico* (Granada, 1998), pp. 1 y ss., 98 y ss., especialmente 115 y ss.; TURIEL, *Sucesión intestada, Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano*, cit., *passim*.

<sup>34</sup> Cfr. Gai. 3, 7-8; vid., especialmente, sobre el *suus heres* KIRK, *Suus heres*, ZSS, 58 (1938), p. 161 y ss.; LEIFER, *Suus heres und älteres Libraltestament*, *Festschrift Koschaker*, 2 (1939, Leipzig, 1977), p. 225 y ss.; LÉVY-BRUHL, "Heres", RIDA, 3 (1949), p. 136 y ss.

<sup>35</sup> Gai. 3,154 a-b. Cfr., entre otros, MASCHI, *Disertiones: ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico* (Milano, 1935); ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto ereditario antico* (Palermo, 1949), p. 94 y ss.; ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (Napoli, 1950), p. 4 y ss.; TORRENT, "Consortium ercto non cito", AHDE, 34 (1964), p. 479 y ss.; GUTIÉRREZ-MASSON, *Del "consortium" a la "societas"*, I. "Consortium ercto non cito" (Madrid, 1989).

<sup>36</sup> WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Ueber die Anfänge des römischen Testaments*, *Festschrift Siber*, 1 (Leipzig, 1941), pp. 3-57, en cambio, defiende que en un principio a la muerte del *pater* la familia se desmembraba, aunque pronto empezó a extenderse la práctica de establecer un *consortium*, muy parecido a la *hausgemeinschaft* germánica, mantenido durante generaciones para no debilitar el patrimonio familiar, hasta que la dificultad de ocupar nuevas tierras, única solución del descontento que se independizaba, tras la época decenviral, propició la aparición de la *mancipatio familiae* para reunir el patrimonio en las manos únicas del más dotado de los hijos, nombrado heredero a tal efecto, reservando en legados a los restantes lo que el causante estimase oportuno. La fuerza atractiva de esta teoría es indudable, aunque, en mi opinión, precisamente sobresale por ser más sugerente que cierta, ya que es difícil encontrar datos en las fuentes romanas que acrediten esta evolución; además no resulta un argumento en absoluto definitivo para sustentar la hipótesis de una sucesión legal preferente en época arcaica.

<sup>37</sup> BONFANTE, *Corso*, cit., p. 7 y ss. e *idem*, VI, cit., p. 77 y ss.

*erciscundae*<sup>38</sup>, ejercitable por cualquier hermano en el momento en que lo estimase oportuno; que se pudiese proceder a la división no muestra que no existiese sucesión en la soberanía, ni que el *pater* no pudiese testar en presencia de *sui heredes*, sino, simplemente, que sus hijos todos, a su muerte, quedaban formalmente independizados: bastaba ejercitar la acción de división, en caso de que la sucesión hubiese sido intestada, o de que el *paterfamilias* no hubiese preferido dejarle el grueso del patrimonio y la jefatura del grupo a uno de ellos, o de que lo hubiese hecho, salvando sólo alguna escasa porción para los hermanos postergados, para que quien lo deseara pudiese marchar con lo que le correspondía, fuese esto mucho, poco o nada; si el elegido testamentariamente lo obtenía todo, no existía consorcio, sino una total subordinación de unos hermanos ante otros, y éstos, jurídicamente *sui iuris*, podían permanecer a su sombra en el fundo familiar, o bien marchar a nuevas tierras, fenómeno que debió ser cada vez más frecuente, cuando Roma se embarcó tempranamente en sus campañas expansivas<sup>39</sup>.

5. Pero la sucesión, como se ve, ya desde los primeros tiempos de su regulación decenviral, además de un fenómeno político y social, es acontecer de indudables resonancias patrimoniales. El hombre, al enfrentarse jurídicamente al mundo, no sólo establece relaciones de tipo personal con sus elementos (otros hombres), sino que lo hace también mediante relaciones de tipo económico o patrimonial, uniéndose a dichos elementos (cosas, hombres) desde una perspectiva de tipo no personal. El Derecho, por ello, en realidad, no puede ser concebido sin las esferas directamente evaluables desde el punto de vista económico. Si las relaciones jurídico-personales (derecho de familia) son, siempre, relaciones de poder, las jurídico-patrimoniales<sup>40</sup>, bien se establezcan entre el titular del derecho y una cosa (derechos reales), bien entre el titular del derecho y otro titular (obligaciones o derechos de crédito), son, en principio, también relaciones de señorío y poder, para ir progresivamente patrimonializando sus estructuras, hasta ser, por encima de todo, el valor económico que encierran. Desde esta perspectiva constructiva de lo jurídico, tras las sucesiones pasan las tablas VI y VII a regular los bienes, esto es, a ocuparse de la esfera de lo patrimonial.

En la regulación decenviral, contrariamente a lo que ocurre con el imprescindible derecho sucesorio, los derechos patrimoniales apenas sí están dibujados en un cuadro borroso de límites del todo imprecisos. Los derechos reales aparecen configurados con una simpleza que, en su hosca rotundidad, nos sugiere una constitución efectiva de un orbe nuevo de derechos, aquéllos que por esencia son evaluables económicamente y que, esgrimidos sobre las cosas, existen simplemente, pero en el marco de una situación poco discernida de matices jurídicos, no muy perfilada. Se distingue entre derecho (de propiedad) y hecho (posesorio), aparecen vagamente esbozadas las servidumbres,

<sup>38</sup> Llamada así con posterioridad en las fuentes, su función de división de la herencia era cumplida en la ley decenviral por la *actio legis per iudicis postulationem*, de la que con posterioridad se desgajaron las acciones de división de cosa común, entre ellas ésta.

<sup>39</sup> Sobre todas estas cuestiones, vid. LABRUNA, *Romanizzazione, «foederata», egemonia, «Adminicula»* (1989), 2ª ed.; son los grandes cambios producidos en el campo sociopolítico a lo largo de los siglos III y II a.C., absolutamente cruciales para la historia de la *civitas*, el caldo de cultivo propicio donde emerge y se desarrolla el gran derecho creador de Roma.

<sup>40</sup> Califico las relaciones hombre-cosa como jurídicas, en tanto que son relevantes para el Derecho y éste las dota de una consecuencia dentro del ámbito de los derechos: en la medida en que la relación establecida por el sujeto sobre el objeto inanimado es regulada por el Derecho se concede a su titular un poder jurídicamente reconocido por la sociedad como tal, por mucho que la relación no implique una *comunicación* entre uno y otro, lo que no es elemento imprescindible para que se pueda hablar de un derecho. Allí donde existe un vínculo que se substancia en una relación de dependencia, sujeción o poder existe un derecho; allí donde hay un derecho, hay una relación de carácter jurídico entre quien ostenta el título y aquello sobre lo que éste se ejercita y en que éste consiste. Cfr., no obstante, IGLESIAS, *Derecho romano, cit.*, p. 220, que no entiende como jurídicas las relaciones que el hombre establece con las cosas.

imprescindibles en un derecho que responde a los problemas de una sociedad apegada a la realidad de la tierra<sup>41</sup>, y como prolongación de estas relaciones *políticas* con las cosas empiezan a desarrollarse vaporosas figuras obligacionales, cuya estructura interna de funcionamiento en poco (en nada) viene a diferenciarse de las relaciones materiales entre hombres y cosas<sup>42</sup>. Todo el esquema de los bienes responde a un derecho aún en estado de crecimiento, aún muy cerca de un proceso genético que, iniciado, todavía no ha concluido: es un derecho, en definitiva, en *parto*.

5.1. En un principio, fue la posesión<sup>43</sup> el único cauce de relación del hombre con las cosas del mundo; de ese modo, acompaña al hombre desde que éste es tal en un mundo de cosas. No es la posesión, por tanto, un fenómeno en esencia jurídico, sino jurídico por accidente; se trata de un fenómeno natural que vincula al hombre con el mundo que lo rodea de forma espontánea e inevitable, fisiológica y prejurídica. La posesión, que en *lo natural* se desenvuelve con la fuerza, en *lo social* ha de hacerlo *regladamente*, reglas que, fundamentadas en una serie de criterios causales, son ya *esencialmente* jurídicas. Al constituirse la sociedad por la conjunción de grupos menores, cuya estructuración interna ha tenido que elevarse sobre criterios no sólo sentimentales, sino también políticos, prejurídicos o, si se prefiere, *potencialmente* jurídicos, la necesidad imperativa de orden y paz, imprescindible para la convivencia del grupo, se transplanta del grupo menor (*familia, gens*) al mayor (*civitas*) y busca el abandono *social* de la fuerza a favor del establecimiento *jurídico* de la norma. En este ámbito genético de la sociedad se produce la génesis misma del producto social por excelencia: el Derecho. Esa génesis, en general, es la sacralización del poder del hombre sobre el mundo, naturalmente por medio de normas, de vías que casi siempre recuerdan a ritos; en la esfera personal y familiar, el desenvolvimiento prejurídico de la *familia* ha consagrado, antes de que el nacimiento de la *civitas* consagre el del Derecho, el poder representativo y omnímodo de un personaje, el *pater*, que luego el Derecho no hará sino reconocer y canalizar en *lo jurídico*; en la esfera patrimonial, sin embargo, el único nivel prejurídico que existe antes de la configuración de la arquitectura social en torno al Derecho es el posesorio. Será tarea jurídica, por tanto, reglar la convivencia posesoria de los diversos miembros del recién constituido grupo social; en la ordenación del fenómeno fáctico de la posesión, cualifi-

<sup>41</sup> Vid. sobre esta realidad agraria, de tan fuertes y arraigadas implicaciones culturales, CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi, I (età arcaica)* (Roma, 1981).

<sup>42</sup> Sobre estas diferencias vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Esquema sobre la distinción entre derechos reales y personales*, *Rev. Fac. Derecho de Madrid* (1943), p. 25 y ss.

<sup>43</sup> Sobre ella los estudios son, como cabe imaginarse, de enumeración interminable, comenzando por los fundamentales SAVIGNY, *Das recht des Besitzes* (1803, Wien, 1865), 7ª ed., al cuidado de Rudorff; HIERING, *Ueber den Grund des Besitzschutzes* (Jena, 1869), 2ª ed.; *idem*, *Der Besitzschutzes* (Jena, 1889). Una buena síntesis bibliográfica de los estudios más destacados puede hallarse en CANNATA, *Possessio (Diritto romano)*, NNDI, XIII (1966), pp. 323-324, y en IGLESIAS, *Derecho romano, cit.*, p. 279 y ss. Entre los que me parecen esenciales, ya en este siglo o sus inmediaciones, vid. BONFANTE, *Possessio civilis e possessio naturalis*, RISG (1893), en *Scritti*, 3 (Torino, 1921), p. 534 y ss.; *idem*, *Il punto di partenza della teoria romana del possesso*, *Studi Moriani* (Siena, 1906), en *Scritti*, 3, *cit.*, p. 516 y ss.; SCHERILLO, *Contributi alla dottrina romana del possesso. I. Possessio naturalis*, RIL, 63 (1930), p. 507 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 3. *Diritti reali* (1933, Milano, 1972), p. 130 y ss.; BOZZA, *Il possesso* (Napoli, 1936); CARCATERRA, *Possessio. Ricerche di storia e di dommatica* (Roma, 1938); CANNATA, "Possessio", "possessor", "possidere" nelle fonti giuridiche del basso impero romano. *Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica* (Milano, 1962); BOZZA, *La nozione della possessione* (Siena, 1964), 2 vols.; KASER, *Das römisches Privatrecht, I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München, 1971), 2ª ed., pp. 140 y ss., 384 y ss., y *II. Die nachklassischen Entwicklungen* (München, 1975), 2ª ed., p. 246 y ss.; en la doctrina española, vid. especialmente IGLESIAS CUBRÍA, *De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión*, *RDP*, 388-389 (1949), p. 630 y ss.

cando unas posesiones frente a otras en virtud de la *causa*<sup>44</sup> o medio de entrada en la cosa, subyace el nacimiento mismo del Derecho, del derecho patrimonial, que es en verdad el Derecho. Esos mismos criterios cualificadores de lo fáctico incorporan el elemento valorativo que caracteriza al Derecho; son, en puridad, *jurídicos*. No queda sino dar un paso más hacia la consagración de la seguridad que sólo puede proporcionar la permanencia, permanencia que sólo puede traer el Derecho, la valoración jurídica que hace preferibles para la sociedad (para el Derecho) unas situaciones frente a otras. Ahí está ya el nacimiento del *título*, idea que parte del hecho *idealmente* (jurídicamente) valorado y reglado, y que incorpora a las relaciones económicas del hombre con las cosas el elemento de la permanencia<sup>45</sup>. Tal proceso de génesis, que cuaja en la distinción entre la posesión y la propiedad, está ya en las XII Tablas.

No es un proceso concluido, en cualquier caso; no concluirá con el establecimiento de un *ius civile* que nace esencialmente petrificado en sus cimientos. El proceso, de hecho, está *vivo* en las tablas, *se mueve* en ellas, avanza, prosigue, cambia, pero siempre desde la lógica inapelable que lo encarna. De la posesión, y en virtud de la defensa de ésta y de la cualificación (jurídica) que implica, viene la propiedad, concebida, no como la total señoría de hecho sobre una cosa, sino como la absoluta señoría de derecho sobre ella, señoría reforzada en el nivel del *ejercicio* por la posesión del bien en concreto pero por completo independiente en lo que respecta a su *existencia* de los vaivenes fácticos<sup>46</sup>.

5.2. Configurada así la propiedad desde la posesión, obligada necesariamente a una convivencia con ella en el terreno de lo fáctico, para la plasmación en la realidad de

<sup>44</sup> Sobre la causalidad de la *traditio* se han pronunciado en diversos estudios de interés EHRHARDT, "*Iusta causa traditionis*" (Berlin, 1930); SERRANO Y SERRANO, "*Iusta causa traditionis*", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 119 (1934) p. 801 y ss.; *idem*, 120 (1934) p. 883 y ss., entre otros, pero especialmente BETTI, *Sul carattere causale della "traditio" classica*, *Studi Riccobono*, 4 (Palermo, 1936), p. 115 y ss.; BEDENEK, *A "iusta causa traditionis"* (Budapest, 1959); KASER, *Zur "iusta causa traditionis"*, *BIDR*, 64 (1961), p. 61 y ss.; MIQUEL, *La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos*, *AHDE*, 31 (1961), p. 515 y ss.; JAHR, *Zur "iusta causa traditionis"*, *ZSS*, 80 (1963), p. 141 y ss. Cfr., no obstante, el emblemático trabajo de VOCI, "*Iusta causa traditionis*" e "*iusta causa usucapionis*", *SDHI*, 15 (1949), p. 141 y ss., en el que con indudable brillantez y aduciendo, *ibidem*, p. 143, diversos textos (cfr. D. 12, 6, 16 pr.; D. 46, 3, 12, 4; D. 46, 3, 16; D. 46, 3, 58 pr.), se defiende el carácter abstracto de la *traditio*, tesis la del gran maestro con la que no estoy de acuerdo, como otros, como intenté plasmar en CASTRO, *La posesión y los mecanismos "causales" de adquisición de la propiedad*, *Apollinaris*, 71 (1998), p. 257 y ss. Que la cuestión ha suscitado en los tiempos más recientes nueva controversia es innegable; vid. en este sentido muy especialmente PUGSLEY, *Was "iusta causa" necessary for "traditio" in Roman Law?*, *Americans* (1989), p. 27 y ss.

<sup>45</sup> Vid. más ampliamente, si se desea, sobre todas estas cuestiones, recientemente CASTRO, *Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del derecho: "bonorum possessio" e "in bonis habere"*, en vías de publicación, con tratamiento anterior en *idem*, "*Bonorum possessio*" e "*in bonis habere*": *notas sobre un paralelismo*, intervención en la LII Sesión de la SIHDA (Madrid, septiembre de 1998).

<sup>46</sup> En este sentido es muy significativo que la posesión de un bien sea tan consubstancial a las relaciones del hombre con las cosas que el mantenimiento de la señoría de hecho sobre una cosa proporcione el *dominium* sobre ella a quien no lo tiene; sólo desde esa consubstancialidad se entiende el fenómeno jurídico (también posesorio y por ello causal) de la usucapión. Sobre ella cfr., entre otras muchas referencias textuales, Cic., *Top.*, 4, 23, 42 y 54; Gai. 2, 43 y 45; Ulp. 19, 8; I. J. 2, 6, 1 y ss.; D. 41, 1, 48, 1; D. 41, 3, 9; D. 41, 3, 33, 2; D. 41, 4-5-6-7-8-9-10; D. 50, 16, 109; C. 7, 26. Vid., entre la bibliografía específica existente, GALGANO, *I limiti subbietivi dell'antica usucapio* (Napoli, 1913); KASER, *Eigentum und Besitz in älteren römische Recht* (Weimar, 1943), p. 293 y ss., con nueva edición (Köln-Graz, 1956); LEVY, *Die nachklassische Ersitzung*, *BIDR*, 51-52 (1948), p. 352 y ss.; MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der "usucapio"*, 1, *ZSS*, 77 (1960), p. 16 y ss.; *idem*, *Studien...*, 2, *ZSS*, 78 (1961), p. 221 y ss.; *idem*, *Studien...*, 3, *ZSS*, 79 (1962), p. 86 y ss.; *idem*, *Elementarliteratur über die "usucapio"*, *Studi Betti*, 3 (Milano, 1962), p. 453 y ss.; *idem*, *Das Putativtitelproblem bei der "usucapio"* (Köln-Graz, 1962); SEIDL, *Zur Vorgeschichte der Ersitzung*, *SDHI*, 39 (1973), p. 47 y ss.; FABBRINI, *s.v. Usucapione (diritto romano)*, *NNDI*, XX (1975), p. 280 y ss.; VACCA, *Osservazioni in tema di "iusta causa" e "bona fides" in relazione all'"usucapio pro derelicto"*, *Studi Sanfilippo*, 4 (Milano, 1983), p. 773 y ss.; KASER, *Altrömisches Eigentum und "usucapio"*, *ZSS*, 105 (1988), p. 122 y ss.; VACCA, *s.v. Usucapione (diritto romano)*, *EdD*, 45 (1992), p. 989 y ss.

los valores ideales que encarna, el derecho utiliza los cauces de nacimiento de la posesión<sup>47</sup> para, añadiéndoles algún requisito causal, algún requisito formal en su caso, convertirlos en vehículos *jurídicos*, en modos de adquisición del título<sup>48</sup>. La entrega<sup>49</sup> de la cosa será, de esta forma, la piedra que soportará la bóveda toda del edificio patrimonial romano: si esa entrega es medio y fin en sí misma, nos hallaremos con una *traditio* simple que transmitirá la posesión, o bien con una *traditio* cualificada que transmitirá la propiedad; si la entrega es sólo un medio, pero no un fin, nos encontraremos ante una *datio*<sup>50</sup>, que, en virtud del acuerdo adherido a la entrega de la cosa, voluntariamente establecido entre quien da y quien recibe, incorporará la *obligación*<sup>51</sup> de una dación sucesiva, de una devolución. Como se ve, en la propia estructura del fenómeno jurídico-posesorio de la posesión y la propiedad está el nacimiento de la primitiva *obligatio re contracta*<sup>52</sup>, que sin bordes muy precisados existe, como no podía ser de otro modo, en las XII Tablas.

5.3. De la propiedad, poder absoluto sobre una cosa, de la concurrencia, en realidad, de dos o más derechos de propiedad sobre una misma cosa, de la concurrencia de poderes en principio absolutos sobre una cosa que en principio sólo admite uno, empieza a concebirse la posibilidad de existencia de poderes relativos, poderes que el titular ejerce sobre cosas ajenas, sobre cosas de otro propietario, sobre cosas en las que concurren un poder absoluto y otro relativo, que limita al primero en su ejercicio. Tal posibilidad de concurrencia se hizo evidente en los consorcios *inter fratres*, cuando la propiedad de los bienes familiares correspondía *in solidum* a los miembros *sui iuris* de la familia a la muerte del causante. En las XII Tablas aparece ya delineada la figura del primero de esos derechos limitados (y limitadores): la servidumbre<sup>53</sup>. Sobre su origen

<sup>47</sup> La posesión sobre una cosa se adquiere sólo de tres formas; dos legítimas: *occupatio* de cosa sin poseedor actual, *traditio* por parte del previo poseedor; una ilegítima: *contrectatio* de la cosa sin autorización de quien la posee. En todos ellos es imprescindible para fortalecer la posición fáctica del poseedor sobre la cosa ante cualquier eventualidad posesoria la "causa", esto es, el modo en virtud del cual se ha conseguido la señoría sobre el objeto; ello es lo que determina la legitimidad o ilegitimidad del vínculo posesorio y la derrota o triunfo en una ulterior controversia interdictal; vid. recientemente CASTRO, *La posesión y los elementos "causales" de adquisición de la propiedad*, cit., *passim*.

<sup>48</sup> La causalidad inherente al fenómeno posesorio es lo que fundamenta la adquisición del título mediante la aprehensión posesoria del objeto en la ocupación, la tradición y la usucapición, exigiéndose, además de la posesión, para la primera, que la cosa desocupada (sirviendo de *causa* el abandono) sea mueble y carezca de propietario; para la segunda, que la cosa sea no mancipable, haya voluntad concorde de transmitir y adquirir la propiedad y una *iusta causa*; para la tercera, uno o dos años de posesión ininterrumpida, susceptibilidad de la cosa para ser usucapida, buena fe inicial y *iusta causa*; junto a estos mecanismos causales o "posesorios", están los formales o "jurídicos" que añaden a un traslado posesorio irrelevante para el derecho la asunción voluntaria de una forma preestablecida y apta: son la *mancipatio* y la *in iure cessio*.

<sup>49</sup> Sobre la entrega, cfr. D. 18, 6, 1, 2; D. 18, 6, 15 (14); D. 18, 6, 16 (15); D. 41, 2, 1, 21; D. 41, 2, 3, 1; D. 41, 2, 18, 2; D. 41, 2, 34 pr.; D. 41, 2, 48; D. 41, 2, 51; D. 43, 16, 12; D. 43, 16, 18 pr. Sobre la interrelación derecho-posesión en y a través de la tradición, vid. GORDON, *Acquisition of Ownership by "traditio" and Acquisition of Possession*, RIDA, 12 (1965), p. 279 y ss.; sobre la ampliación que progresivamente experimenta la figura gracias a la flexibilización de sus estructuras internas de funcionamiento, vid. RICCOBONO, "Traditio ficta", ZSS, 33 (1912), p. 259 y ss.; *idem*, ZSS, 34 (1913), p. 159 y ss.

<sup>50</sup> Vid. sobre el concepto de *datio* D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., p. 439 y ss.

<sup>51</sup> Sobre el controvertido tema de la *obligatio* y de su origen vid. BETTI, *La struttura dell'obligazione romana e il problema della sua genesi* (Milano, 1955), 2ª ed., *passim*.

<sup>52</sup> Gayo (1, 3, 90-91) sólo menciona dentro de las *obligationes re contractae* el mutuo; en las *Res cotidianae*, sin embargo, ya aparecen delineados otros tipos: comodato, depósito y prenda; cfr. a este respecto I. J. 3, 14, 2-4; D. 44, 7, 1. Vid. *infra* n. 93 para algunas referencias bibliográficas de interés.

<sup>53</sup> Vid. sobre ella, aparte naturalmente de BONFANTE, *Corso*, 3, cit., p. 15 y ss., entre otros, BIONDI, *La categoria romana delle servitutes* (Milano, 1938); *idem*, *La servitù prediali in diritto romano* (1954, Milano, 1969), 2ª ed.; BRASIELLO, *Sulla natura delle servitù*, RISG, 7 (1954), p. 249 y ss.; GROSSO-DEJANA, *Servitù prediali* (Torino, 1955), 2ª ed., 2 vols., no todo él, desde luego, consagrado al derecho romano; FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali* (Napoli, 1967); GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano* (Torino, 1969); BURDESE, s.v. *Servitù prediali*, NNDI, 17 (1970), p. 118 y ss.; CORBINO, s.v. *Servitù (diritto romano)*, EdD, 42 (1990), p. 243 y ss.

han sido diversas las teorías elaboradas<sup>54</sup>; asumiendo la complejidad del asunto, parece evidente, sin embargo, considerar que su nacimiento no hay que hallarlo lejos de la realidad de una propiedad indivisa familiar y de los eventuales juicios de división<sup>55</sup> que pudiesen producirse en tal concreto ámbito: en esa tesitura debió hacerse necesario (y es fácil imaginarlo) compensar al hermano desfavorecido ante la división del fundo familiar constituyendo en su favor un *poder* sobre la porción favorecida, que imponía al propietario de ésta la *carga* de tolerar un beneficio directo por parte del titular de dicho (nuevo) *derecho*, lo que naturalmente suponía una limitación en el ejercicio de su *dominium*<sup>56</sup>. En cualquier caso, la hipótesis, sostenida desde antiguo hasta nuestros días<sup>57</sup>, de que la servidumbre derivase de la circunstancia de que el acueducto y el sendero eran objetos de *dominium*, pues no hay derecho sobre cosa ajena, sino poder sobre la franja que marca el contacto o límite<sup>58</sup>, de donde más tarde se desprendería la configuración de un nuevo derecho distinto de la propiedad; la hipótesis diferente, más reciente, aunque en similar dirección, que defiende que el origen de la *servitus* es consecuencia del carácter naturalmente expansivo del *mancipium*, manifestándose más allá de sus propios primitivos límites<sup>59</sup>; éstas, como la anteriormente delineada, no vienen sino a confirmar la línea de evolución que definiendo: el sistema de derechos patrimoniales romano sigue la pauta marcada por la naturaleza misma de su substancia posesoria; configurado el derecho de propiedad como poder (jurídico, esto es, *permanente*) desde el poder natural sobre la cosa (posesorio, es decir, *inestable*) el resto de derechos vienen a aparecer en virtud del propio dinamismo de dentro afuera que manifiesta por propia naturaleza el *dominium*.

6. Pero junto al cauce posesorio, el otro sustento estructural del derecho civil romano viene dado por la *forma*. Auspiciada por sus miedos ancestrales, la primitiva sociedad romana busca la seguridad del rito, de la forma. Eso conducirá al sacralismo paralizador que informa los mecanismos procesales, al ritualismo disuasor de la *mancipatio*<sup>60</sup> como forma transmisoria de las cosas fundamentales para la economía y el poder

<sup>54</sup> Cfr. en general sobre el origen de las servidumbres CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione del "iura praediorum" nell'età repubblicana* (Milano, 1969-1976), dos completos vols.; GARCÍA SÁNCHEZ, *El origen de las servidumbres prediales y su vinculación con las relaciones de vecindad en el Derecho Romano*, *Revista de Derecho Notarial*, 85-86 (1974), p. 37 y ss.; FERENCZY, *Sulla genesi delle servitù prediali*, *BIDR*, 80 (1977), p. 43 y ss. En líneas generales, puede decirse que hay teorías más globales que ven el surgimiento de la *servitus* dentro del orden total del sistema jurídico existente (vid. *infra* n. 56 y en cierta medida 59), y otras más específicas, que circunscriben su análisis a muy antiguas formas concretas de servidumbre, dibujando su naturaleza original (vid. *infra* n. 58).

<sup>55</sup> Vid. *supra* & 4, especialmente n. 38.

<sup>56</sup> Defendió esta tesis ya LUSIGNANI, *Le origini delle servitù prediali*, *AG*, 5 (1880), 341 y ss.; *idem*, *AG*, 7 (1881), pp. 165 y ss., 327 y ss.

<sup>57</sup> Una buena perspectiva se halla en CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, 1 (Milano, 1981); cfr. la referencia de MARTINI en IVRA, 31 (1980), p. 137 y ss.

<sup>58</sup> Así, VOIGT, *Ueber den Bestand und die hist. Entwicklung der Servitutum und Servitutenklagen während der römischen Republik*, en *Berichten d. Phil. Hist. Kl. D. Königl. Sachs. D. Wiss.*, 26 (1874), p. 159 y ss., defendió ya esta tesis, pronunciándose en esa línea posteriormente GROSSO, *Sulla servitù di "aquae haustus"*, *BIDR*, 40 (1932), p. 420 y ss.; *idem*, *Le servitù prediali*, *cit.*, p. 35 y ss.; BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, 1 (Napoli, 1962), p. 32 y ss.; ARU, *Nota minima sull'origine storica della "servitus viae"*, *Studi Cagliari*, 24 (1936), p. 403 y ss.

<sup>59</sup> DE VISSCHER, *Mancipium et res Mancipi*, *SDHI*, 2 (1936), p. 297 y ss., teoría ésta acogida en la doctrina española por la autoridad de IGLESIAS, *Derecho romano*, *cit.*, p. 297, especialmente n. 26.

<sup>60</sup> Cfr. Gai. 1, 119-120-121; Gai. 2, 104; Gai. 3, 167; Paul. 2, 17, 4; Ulp. 19, 3 y ss.; C. Th. 8, 12, 4-5-7; D. 18, 1, 1 pr.; D. 21, 2, 39, 1. Vid., entre otros, SCHLOSSMANN, *In iure cessio und mancipatio* (Kiel, 1904); HUSSERL, *Mancipatio*, *ZSS*, 50 (1930), p. 478 y ss.; KASER, *Eigentum und Besitz*, *cit.*, p. 107 y ss.; TOMULESCU, *D. 18, 1, 1 pr. et la mancipatio (Considerations économiques et juridiques)*, *RIDA*, 18 (1971), p. 711 y ss.; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *Note intorno a D. 18, 1, 53*, *BIDR*, 82 (1979), p. 272 y ss.

del grupo (*mancipium*<sup>61</sup>), al formalismo generador de obligaciones de la *stipulatio*<sup>62</sup>. De este modo, posesión y forma, o si se prefiere, causa y rito, constituyen los dos elementos fundacionales del derecho patrimonial arcaico, que en su plasmación rigurosamente central, la decenviral, aporta dos figuras jurídicas *reales* (propiedad y servidumbres), tres mecanismos de transmisión de la propiedad (dos formales: *mancipatio* e *in iure cessio*<sup>63</sup>, para las cosas de importancia o *mancipi*<sup>64</sup>; uno causal: *traditio*<sup>65</sup>, para las cosas menores o *nec mancipi*<sup>66</sup>) y dos formas de obligarse, una que nace de la *datio* o entrega de una cosa con la obligación de devolverla o de hacer o no hacer algo a cambio, otra que nace de la *stipulatio* o promesa formal de dar, hacer o no hacer algo a favor de alguien<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> Vid. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà*, *Scritti*, 2 (Torino, 1918); DE VISSCHER, "*Mancipium*" et "*res Mancipi*", *cit.*, p. 263 y ss. Desde una óptica más amplia cfr. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione del "iura praediorum" nell'età repubblicana*, 1 (Milano, 1969), p. 154 y ss.

<sup>62</sup> Vid sobre ella, desde el antiguo GNEIST, *Die formellen Verträge* (Berlin, 1845), entre otros, DEKKERS, *Des méfaits de la "stipulatio"*, RIDA, 4 (1950), p. 361 y ss.; DÜLL, *Zur römischen Stipulatio*, ZSS, 68 (1951), p. 191 y ss.; NICHOLAS, *The Form of the Stipulation in Roman Law*, LQR, 69 (1953), pp. 53 y ss., 233 y ss.; BIONDI, *Contratto e "stipulatio"* (Milano, 1953), p. 267 y ss.; SACCONI, *Ricerche sulla "stipulatio"* (Napoli, 1989). Sobre la delineación de la *stipulatio* (categoría) y la *sponsio* (tipo emblemático) cfr. PASTORI, *Appunti in tema di "sponsio" e "stipulatio"* (Milano, 1961); ARANGIO-RUIZ, "*Sponsio*" e "*stipulatio*" nella terminologia romana, *Scritti*, 4 (Napoli, 1977), p. 289 y ss.; CORNIOLEY, *De la "sponsio" à la stipulation: procédure et "contrat"*, *Sodalitas Guarino*, 6 (Napoli, 1984), p. 2891 y ss. Sobre la evolución paulatina de la figura, en progresivos estadios de su devenir jurídico, vid. GROSSO, "*Syngraphae*", "*stipulatio*" e "*iūs gentium*", LABEO, 17 (1971), p. 7 y ss.; DIÓSDI, *Giustiniano e la "stipulatio"*, LABEO, 17 (1971), p. 39 y ss. Un interesante aspecto de la cuestión puede verse analizado en TALAMANCA, "*Conventio*" e "*stipulatio*" nel sistema dei contratti romani, en *Le droit romain et sa réception en Europe* (Varsovia, 1978), p. 195 y ss.

<sup>63</sup> Probablemente introducida por la *interpretatio* pontifical; vid. CHURRUCA, *Introducción histórica al derecho romano* (Bilbao, 1994), 7ª ed., p. 93; cfr., en cualquier caso, Gai. 2, 24-25-65-96; Ulp. 19, 9-10. En general, vid. sobre esta figura, entre otros, SCHLOSSMANN, *op. cit.*; MEYLAN, *De deux traits peu remarqués de l'"in iure cessio"*, RIDA, 6 (1951), p. 103 y ss.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (1960, Napoli, 1980), 14ª ed., p. 198 y ss.

<sup>64</sup> Emblemático resulta el benemérito BONFANTE, *Res Mancipi e res nec Mancipi* (Roma, 1888), donde se realiza, desde esta distinción crucial, un análisis de la estructura familiar arcaica, que pese a sus excesos innegables, produjo una de las aportaciones (y de las polémicas) más nutrientes de la historia de la romanística del último siglo: me refiero naturalmente a la teoría política de la familia romana; cfr., desde luego, CAPOGROSSI COLOGNESI, "*Le res Mancipi e nec Mancipi*" di Pietro Bonfante: 1888-1889, IVRA, 31 (1980), p. 101 y ss.; *idem*, *A cent'anni dalle "res Mancipi" di Pietro Bonfante*, *Quaderni fiorentini*, 17 (1988), p. 111 y ss. Vid., además, GALLO, *Studi sulla distinzione fra "res Mancipi" e "res nec Mancipi"* (Torino, 1958).

<sup>65</sup> Sobre los requisitos de la *traditio* como mecanismo adquisitivo de la propiedad, cfr. Gai. 2, 20-28-64; I. J. 2, 8, 1; I. J. 2, 6, 14; D. 17, 1, 19; D. 18, 1, 15, 2; D. 41, 1, 20 pr.; D. 41, 1, 35; C. 7, 37, 2, 3. Para el estudio general de la figura, además de KASER, *Eigentum und Besitz*, *cit.*, p. 195 y ss., vid., entre los consagrados al tema específicamente, WATSON, *Acquisition of ownership by "traditio" to an "extraneus"*, SDHI, 33 (1967), p. 189 y ss.; GORDON, *Studies in the transfer of property by "traditio"* (Aberdeen, 1970); ARU, s. v. *Traditio (diritto romano)*, NNDI, XIX (1973), p. 465 y ss. Sobre la relación con el otro mecanismo adquisitivo de la posesión que, sin transmisión alguna, puede servir para adquirir la propiedad de las *res nec Mancipi*, vid. DAUBE, "*Derelictio*", "*occupatio*" and "*traditio*", *cit.*, *passim*. Su estructura es igualmente causal, como intenté destacar en CASTRO, *La posesión y los mecanismos "causales" de adquisición de la propiedad*, *cit.*; vid. *supra* n. 44. Sobre la ocupación, vid. D. 41, 1, 3 pr.; entre las específicas referencias bibliográficas, vid. en especial WEISS, *Das Willensmoment bei der "occupatio" des römischen Rechts* (Marburg, 1955), p. 273 y ss.; HESS, "*Occupatio*", ZSS, 84 (1967), p. 355 y ss.; FRANCIOSI, s. v. *Occupazione (storia)*, EDD, 29 (1979), p. 610 y ss.

<sup>66</sup> Vid. HERNÁNDEZ TEJERO, *La propiedad primitiva de las "res nec Mancipi"*, AHDE, 16 (1945); vid. *supra* n. 64.

<sup>67</sup> Sobre la *datio* (el *mutuum*) y la *stipulatio* (la *sponsio*), los dos modos más antiguos de obligarse en la práctica jurídica romana y la relación de sus propias estructuras, vid. KASER, "*Mutuum*" und "*stipulatio*", *Eranion Maridakis*, 1 (Atenas, 1953), p. 155 y ss.



7. A continuación, la ley decenviral se ocupa del derecho penal; en puridad, de los derechos penales, pues en las tablas VIII y IX se suceden la regulación de los ilícitos privados o *delicta*<sup>68</sup>, centrada en el hurto<sup>69</sup>, cuya reparación interesa a la víctima del mismo, y la de los delitos públicos o *crimina*<sup>70</sup>, que atentan contra el interés público y que son perseguidos por los cónsules y juzgados ante el pueblo convocado con tal objeto (*provocatio ad populum*<sup>71</sup>). Es inevitable que en un derecho primitivo como éste, no ya sólo por lo rígido y simple de sus elaboraciones jurídicas, sino por su proximidad temporal a la época precívica, el derecho penal mantenga una elevada importancia dentro de todo el edificio del Derecho, o lo que es lo mismo, de la vida en común de los ciudadanos en cuanto tales. Aquí reverbera con luz espontánea y crepuscular todavía el hálito bronco del pasado prehistórico; aquí se escuchan nítidamente los ecos lejanos pero vivos del precedente protohistórico en el que sociedad y Derecho hallan sus substancias nutrientes; aquí palpita aún el sonido de lo telúrico, los caldos de la violencia, el recuerdo de la caverna. El hombre, que antes se mataba impunemente por cualquier ofensa, halla satisfacción ahora en el ámbito escrito de sus derechos y castiga, a través del magistrado, según lo fijado para todos en las tablas penales. El *furtum*, delito por el que un individuo sustrae<sup>72</sup> sin el consentimiento de su poseedor una cosa, es castigado con el *duplum* de su valor; es interesante observar, no obstante, como el recuerdo del tiempo *prejurídico* en que la *vis* se desencadenaba privadamente con toda su brutal eficacia permanece en la configuración *jurídica* del *furtum manifestum*<sup>73</sup>: el ladrón descu-

<sup>68</sup> ALBERTARIO, *Delictum e crimen, Studi di diritto romano*, 3 (Milano, 1936), p. 141 y ss., definen de que delito y crimen son realidades bien distintas, perfectamente delimitadas en la mentalidad jurídica de los romanos de los más antiguos tiempos, de modo que el primero es el acto ilícito, fuente de obligaciones civiles, llevado ante el pretor y castigado con *poena* privada, mientras que el segundo es el acto ilícito que atenta contra el bien público, perseguido por el magistrado públicamente y castigado con una pena del mismo carácter; cfr. en sus respectivas líneas VOLTERRA, "Delinquere" nelle fonti giuridiche romane, RISG, 5 (1930), p. 117 y ss.; LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio*, SDHI, 4 (1938), p. 163 y ss.; TALAMANCA, *Forme negoziali e illecito, en Poteri, negotia, actiones nella esperienza romana arcaica. Atti del Convegno di diritto romano Copanello 12-15 maggio 1982* (Napoli, 1984), p. 125 y ss.; PARRONDO PARDO, *En torno a los delitos y las penas en la ley de las XII Tablas, Estudios Iglesias* (Madrid, 1988), p. 1525 y ss.; FRIER, *A Casebook on the Roman law of delict* (Atlanta, 1989).

<sup>69</sup> Vid., entre otros muchos, HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain, I: Les sources* (1915, Roma, 1968); OLIVECRONA, *D. 47, 2, 21. Some questions concerning "furtum"*, en *Three Essays in Roman Law* (Copenhagen, 1949), p. 43 y ss.; VON LÜBTOW, *Die Ersitzung gestohlener Sachen nach dem Recht der XII Tafeln und der "lex Atinia, Festschrift Schulz* (Weimar, 1951), p. 263 y ss.; FLORIAN HIDALGO, *La casuística del "furtum" en la jurisprudencia romana* (Madrid, 1991).

<sup>70</sup> Vid., naturalmente, MOMMSEN, *Derecho penal romano* (Bogotá, 1960, trad. Dorado Montero), originalmente publicada en Leipzig en 1889; ya en este siglo, COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano* (Bologna, 1921); BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano* (Napoli, 1937); KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (München, 1962); GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano* (Torino, 1970); más recientemente *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano* (Padova, 1988, coord. Burdese); GIUFFRÉ, *Il «diritto penale» nell'esperienza romana. Profili* (Napoli, 1989); SANTALUCIA, *Derecho penal romano* (Madrid, 1990, trad. Paricio y Velasco); GIUFFRÉ, *La «repressione criminale» nell'esperienza romana* (Napoli, 1991).

<sup>71</sup> Vid. GROSSO, *Monarchia, «provocatio ad populum» e processo popolare, Studi De Francisci*, 2 (Milano, 1956), p. 1 y ss.; RODRÍGUEZ ENNES, *La «provocatio ad populum» como garantía fundamental del ciudadano romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana, Studi Biscardi*, 4 (Milano, 1983), p. 73 y ss.; MAGDELAIN, «Provocatio ad populum», en *Estudios Iglesias*, cit., p. 407 y ss.; AMIRANTE, *Sulla «provocatio ad populum» fino al 300, Studi di Storia cost.* (1988), p. 37 y ss.

<sup>72</sup> Sobre la *contractatio*, vid. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des "furtum"*, SDHI, 4 (1938), p. 99 y ss.; BUCKLAND, "Contractatio", LQR, 57 (1941), p. 467 y ss.; VEGH, «Contractatio», PW, Suppl., 12 (1970), p. 162 y ss.; BIRKS, *The case of the filched pedigree: D. 47, 2, 52, 20, Sodalitas Guarino*, 2 (Napoli, 1984), p. 731 y ss.; PUGSLEY, «Contractatio», *Americans*, cit., p. 89 y ss.

<sup>73</sup> Gai. 3, 184.; sobre la noción de *furtum manifestum* vid. BONINI, *D. 48, 19, 16 (Claudius saturninus «de poenis paganorum»)*, RISG, 10 (1961), p. 36 y ss.; más recientemente, PERALES ALCALÁ, *El "furtum manifestum" en los textos conservados del jurista Casio Longino, Sodalitas*, 1 (Granada, 1980), p. 141 y ss.

bierto en la comisión del delito puede ser matado en el acto<sup>74</sup>. También se significa otro dato: los *crimina* aparecen recogidos junto al *furtum*, *delictum* emblemático y casi único, por dos circunstancias bien definidas y que a su vez definen claramente la naturaleza de la sociedad arcaica y de las relaciones que *naturalmente* permite: en primer lugar, el *civis* está todavía muy cerca de la estructura superior que lo encierra: *pater* o *filius* en su *familia*, miembro de su *gens*, ciudadano en la *civitas*, padece, en un mundo cerrado de círculos concéntricos en cuyo centro se encuentra él mismo, la acción de quien le hurta un bien, la acción de quien mata al magistrado o malversa fondos públicos; todos ellos son, en definitiva, y es la segunda circunstancia que pretendía resaltar, actos dolosos, presididos por la intención de provocar el daño que a la postre se provoca, en un ámbito jurídico donde el único delito (más complejo es el genérico incumplimiento obligacional) que se concibe es el consciente e intencionado.

Finalmente, las tres últimas tablas (X-XI-XII) de la compilación decenviral se ocupan de temas por completo secundarios desde nuestro punto de vista, pero que revestían una importancia nada intrascendente para la sociedad de la Roma arcaica, tan fuertemente ritualizada en homenajes sacros, una sociedad informada de trascendencia en todos los órdenes de su vida donde el papel de los muertos en la vida cotidiana de los vivos era imponente, en un ámbito donde cualquier gesto solía ir revestido de solemnidad y cualquier palabra traer consecuencias decisivas desde el plano espiritual. Prueba de ello es que su extensión se verifica nada menos que en tres tablas, con regulación minuciosa de cuestiones más o menos peregrinas desde la perspectiva del hombre moderno.

8. El derecho civil no empieza, tampoco acaba, con las XII Tablas, por mucho que, indiscutiblemente, éstas supongan su culminación absoluta, la parte central y claramente mayoritaria de sus disposiciones. La *interpretatio*<sup>75</sup> pontifical es la encargada de extender, dentro de los cerrados límites lógicos del *ius civile*, los preceptos decenvirales a las nuevas eventualidades que la inevitable evolución social pueda ir generando. No obstante, la propia configuración interna de este ordenamiento, lo inflexible de sus hipotéticos mecanismos de adaptación y los ingentes cambios económicos, políticos y sociales que sacudirán a Roma en los siglos subsiguientes provocarán la imposibilidad de su adecuación. Precoz y en aspectos admirable (como en el de la seguridad jurídica), el ordenamiento decenviral y sus tímidas adecuaciones legislativas, que con posterioridad intentarán infructuosamente adaptarlo, pronto quedarán obsoletos. Su estructura padece de una especie de *esclerosis* jurídica; en cierta forma, ha nacido muerto, porque en una vida que es siempre dinamismo, que sobre todo es tiempo, sale a la luz sin posibilidad verdadera de asumir, de incorporar efectivos cambios. Es su esencia, son sus esencias, y no aspectos accidentales, los que adolecen de este defecto, de esta imposibilidad paralizante de afrontar, con aspecto duradero, situaciones que, al durar, cambian.

La *interpretatio* pontifical poco aporta, desde luego, desde el punto de vista creativo: se estira el rígido edificio del ordenamiento civil hasta donde éste da de sí: muy poco mas allá<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Debía darse, en principio, para tal posibilidad la circunstancia de la nocturnidad del delito, o que se cometiese a pleno día a mano armada, lo que daría en un nuevo tipo delictivo con el tiempo, la *rapina* o *bona vi rapta*, cuando el pretor Lúculo en el año 76 a.C. introduce una acción específica, la *actio vi bonorum raptorum*; para este segundo supuesto, se requería la petición de auxilio; sobre el *endoplorato* vid. sobre todo BERGER, *Dig. IX, 2, 4, 1 und das "endoplorato" der Zwölftafeln*, *Studi Albertoni*, 1 (Padova, 1935), p. 381 y ss.

<sup>75</sup> *Ius civile* e *interpretatio* constituyen, desde luego, una misma entidad jurídica de contornos difuminados, precisables en muchos aspectos, pero homogéneos de esencias e instrumentos; sobre la actividad de los pontífices en la interpretación del *ius civile* (D. 1, 2, 6), vid. un útil resumen, entre otros, en CHURRU-CA, *Introducción histórica*, cit., p. 93.

<sup>76</sup> Lo ha escrito expresivamente IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., p. 100: "la *interpretatio* entra en crisis en el momento mismo en que el jurista no puede hacer «revoluciones», aunque éstas sean reclamadas *propter utilitatem publicam*". Ello es especialmente perceptible respecto de la labor interpretativa de los

Hay que esperar, lógicamente, a la floreciente etapa de actuación creativa del pretor, cuando éste, auspiciado por la actividad de su colega, el pretor peregrino, en su ámbito de actuación, canalizando el *ius gentium*<sup>77</sup>, y apoyándose en la desbordante actividad de una Jurisprudencia laica, que inicia su andadura al margen de los colegios pontificales, comienza a comprender la *iurisdictio*<sup>78</sup> como una facultad que va mucho más allá de la dirección y encauzamiento de los procesos privados que, sometidos a su jurisdicción, son decididos y resueltos a través de los viejos cauces procesales del *ius civile*. La propia constatación de la ineficacia de tales procedimientos a la hora de afrontar situaciones de una sociedad que ha experimentado cambios radicales tras la expansión de la *civitas* es lo que decidirá finalmente a los distintos pretores urbanos de esta época a intervenir activamente en la creación de derechos. Por tendencia, por necesidad, por imperativos de su propio poder y de sus propias limitaciones, el pretor intervendrá en tan delicada labor de la única forma en que podía hacerlo: otorgando vías procesales, primero a situaciones cubiertas por el propio *ius civile*<sup>79</sup> (las menos), enseguida elaborando mecanismos aptos para afrontar problemas que, por su novedad y urgencia<sup>80</sup>, requerían de vías igualmente nuevas: esas situaciones, puramente fácticas, eran elevadas así a la categoría de derechos, en un proceso similar al que debió producirse en el oscuro período de transición entre las formas precívicas y el establecimiento de la estructura social, durante el paso del grupo familiar, tribal o gentilicio a la *civitas*.

pontífices, única forma en virtud de la cual el *ius civile* puede levemente crecer; deslindada la actividad jurisprudencial del ámbito pontifical, la actividad de la Jurisprudencia laica será enormemente enriquecedora porque contara con el instrumento práctico del edicto pretorio, canal exquisito y flexible, adecuado en su propia complejidad procesal para confeccionar mecanismos jurídicos que solucionen problemas sociales, para, en definitiva, servir de plasmación oficial a las elaboraciones jurídicas de los *prudentes*.

<sup>77</sup> Cfr. Cic., *de off.* 3, 17, 69 y Gai. 1, 1; vid., entre otros, LOMBARDI, *Sul concetto di "ius gentium"* (Roma, 1947); FREZZA, "*Ius gentium*", RIDA, 2 (1949), p. 259 y ss.; FERNÁNDEZ-BARREIRO, *El "ius gentium" como expresión de identidad de la cultura romano-helenística*, en *Derecho común y derechos nacionales en la cultura jurídica europea* (La Coruña, 1991), p. 22 y ss.; KASER, "*Ius gentium*" (Köln-Weimar-Wien, 1993); sobre los principios fundamentales de este derecho vid. CREMADES, *El "officium" en el derecho privado romano. Notas para su estudio* (León, 1988); CASTRESANA, "*Fides*", "*bona fides*"; un concepto para la creación del derecho (Madrid, 1991); NÖRR, *La "fides" en el derecho internacional romano* (Madrid, 1996, trad. Domingo).

<sup>78</sup> Sobre el carácter del poder del magistrado, cfr., entre otros, TALAMANCA, *Lineamenti di storia di diritto*, cit., pp. 130 y ss., en texto de CÁSSOLA y LABRUNA, pero especialmente 132 y ss., debidas al propio Talamanca, con una ajustada precisión de sus facultades; IGLESIAS, *Las fuentes del derecho romano* (Madrid, 1989), p. 69 y ss., ahora en *idem*, *Arte del Derecho*, cit., pp. 67 y ss., especialmente 97 y ss., que ocupa el capítulo IV de tal estudio, consagrado a la *iurisdictio*, y donde niega a ésta el carácter de fuente creadora de derecho; el autor, *ibidem*, p. 71, habla incluso de que es necesario no procesalizar el Derecho. Creo, en cualquier caso, desde luego, que la actividad jurisdiccional es creadora de derechos y en época clásica, además, el medio de hacerlo por excelencia. Cfr. BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, *Studi Chiavenda* (1927), p. 67 y ss.; GUARINO, *Le origine quiritarie*, cit., p. 314 y ss. Con respecto al método de actuación del pretor, debe destacarse que se halla ordenado con la finalidad de dar la solución concreta según las circunstancias concretas del caso que se presenta a su jurisdicción y no otras genéricamente establecidas; dejándose guiar por la actividad oficial del pretor peregrino y por la privada de los jurisconsultos en sus diferentes vertientes el pretor elabora formas de tejido procesal flexible que luego se llenan, precisamente por su flexibilidad, con el contenido que las circunstancias de cada litigio demandan. Cfr. sobre estas cuestiones LAURIA, "*Iurisdictio*", *Studi Bonfante*, 2 (Milano, 1930), p. 481 y ss.; PUGLIESE, *I pretori tra trasformazione e conservazione*, en *Roma tra oligarchia e democrazia. Classi sociali e formazione del diritto in epoca medio-repubblicana. Atti del convegno di Copanello 28-31 maggio 1986* (Napoli, 1989), p. 189 y ss.

<sup>79</sup> Papiniano lo explicita muy claramente en D. 1, 1, 7 al afirmar que el *ius honorarium* que el pretor introduce en su edicto lo es *adiuvandi, supplendi, corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*; en este sentido, al defender *pretoriamente* derechos *civilmente* consagrados el edicto está cumpliendo con la primera misión, la de ayudar al derecho civil en sus deficiencias *funcionales*, a través de las acciones *civiles in ius*, que tienen una función específicamente *defensiva*, sólo muy relativamente creadora.

<sup>80</sup> Cumple así con la segunda misión, la de suplir las carencias del *ius civile*, sangrantes ya en esta época: las acciones *in factum* son las que cumplen de una forma más decidida y paradigmática con esta delicada función *creativa*, y en cuanto tal, también *defensiva*. Sobre ellas vid. COLLINET, *La nature des actions, des interdicts et des exceptions dans l'oeuvre de Justinian* (Paris, 1987), p. 343 y ss.

Hecho por excelencia, cauce directo de contacto material entre el hombre y el mundo, viejo terreno para la creación procesal de los primeros derechos del ámbito romano, era lógico que la intervención del pretor se volviese hacia el fenómeno posesorio prioritariamente, hacia el hecho jurídicamente primigenio. El edificio civil de adquisición y transmisión de la propiedad, pese a ser uno de los ámbitos de regulación más acabada dentro del *ius civile*, adolecía de un defecto que ni siquiera el elaborado modo de cierre (la *usucapio*) podía solventar: en caso de que una transmisión adoleciese de un defecto no causal y el adquiriente perdiese la posesión del bien transmitido, al no ser propietario en virtud de la transmisión defectuosa y no haberse convertido en tal ante la interrupción de la usucapión, la situación, simplemente, no podría solucionarse para el *accipiens*, que, debido al extremado formalismo del viejo derecho, vería causado un perjuicio injustificado para sus intereses. La solución, no prevista en la regulación decenviral, sólo podía proceder de la conjunción de los dos elementos que habían confluído en la formación del derecho civil, allá en sus tiempos orogénicos: posesión y proceso, acto y forma. La elaboración del sutilísimo mecanismo procesal de la *actio Publiciana*<sup>81</sup>, que no era sino una nueva cualificación de la posesión por parte de la autoridad, permitió la creación de un nuevo título, esta vez pretorio, desconocido para un *ius civile* petrificado, nacido para no cambiar, pero que se imponía, pese a su rango objetivamente menor, a los basados en la ley decenviral en virtud de su preeminencia en el ámbito procesal.

Gai. 4, 36: *Item usucapio fingitur in ea actione qua Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amisit possessione petit. Nam quia non potest eam EX IURE QUIRITII SUAM ESSE intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A, AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITII EIUS ESSE OPORTERET.*

La conjunción de la acción Publiciana, en la que se fingía que el plazo de la usucapión se había cumplido, cuando el poseedor cualificado (ahora propietario bonitario o pretorio) perdía la posesión del bien y pretendía recuperarlo, con la *exceptio rei venditae et traditae*<sup>82</sup>, en los casos en que fuese demandado con la *actio reivindicatoria*<sup>83</sup> por quien se presentase como *dominus* del bien, hacían inexpugnable la posición del nuevo propietario, salvo que contendiese con el verdadero dueño y él hubiese sido objeto de una adquisición *a non domino*<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Sobre ella, cfr. Gai. 4, 36; D. 6, 2. Vid., además, DE SARLO, *La definizione dell' "actio Publiciana" nel diritto dei classici*, *Studi Solazzi* (Napoli, 1948), p. 203 y ss.; GALLO, s.v. "*Actio Publiciana (in rem)*", *NNDI*, I (1957), p. 269 y ss.; STURM, *Zur ursprünglichen funktion der "actio Publiciana"*, *RIDA*, 9 (1962), p. 357 y ss.; FEENSTRA, *Action Publicienne et preuve de la propriété*, *Mélanges Meylan*, 1 (Lausanne, 1963), p. 212 y ss.; APATHY, *Die "actio Publiciana" beim Doppelkauf von Nichteigentümer*, *ZSS*, 99 (1982), p. 21 y ss.; *idem*, "*Actio Publiciana*" ohne Ersitzungsbesitz, *Sodalitas Guarino*, 2 (Napoli, 1984), p. 749 y ss. Sobre su datación, cfr. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare* (Torino, 1982), p. 63, n. 9; WATSON, *Some Remarks on the dating of the "actio Publiciana"*, *Estudios Sánchez del Río y Reguero* (Zaragoza, 1967), p. 194; DI LELLA, "*Formulae ficticiae*", *Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto* (Napoli, 1984), p. 110 y ss.

<sup>82</sup> Mecanismo habitual de respuesta ante una acción reivindicatoria de quien transmitió y quiere recuperar en virtud de un puro derecho formal desprovisto de substancia "causal", de contenido. Cfr. BONFANTE, *Sulla "exceptio rei venditae et traditae"*, *Scritti*, II (Torino, 1918), p. 450 y ss.; GONVERS, *La "exceptio rei venditae et traditae"* (Lausanne, 1939).

<sup>83</sup> Cfr. Cic. *Verr.*, 2, 2, 12, 31; Gai. 4, 51; Gai. 4, 93-94; Ulp. 6, 15-17; D. 2, 3, 1, 1; D. 6, 1, 27, 3-5; D. 6, 1, 38; D. 6, 1, 68; D. 6, 1, 80; D. 13, 7, 22, 2; D. 50, 16, 79 pr.; D. 50, 16, 79, 2; D. 50, 17, 156 pr.; C. 3, 19, 2; C. 3, 32, 22; vid., en cualquier caso, MARRONE, *La legittimazione passiva alla "rei vindicatio"* (Palermo, 1970).

<sup>84</sup> Aunque la misión en principio cumplida por las acciones ficticias, como ésta, es la de suplir las carencias del viejo derecho civil, es interesante observar cómo lo que en realidad se consigue es corregir, sutilísima pero inequívocamente, las consecuencias lógicas de las propias estructuras civiles: la posesión se reconoce al poseedor cualificado por la *actio Publiciana* y el *dominus* protegido por la *reivindicatio* y demás mecanismos propios del *dominium ex iure Quiritium* se ve postergado en una pretensión civilmente legítima.

La *bonorum possessio*<sup>85</sup> responde a idéntica motivación y parte del mismo doble ámbito de superación de las carencias de un *ius civile*<sup>86</sup> que, en el concreto ámbito del derecho sucesorio, adolece de una estructura de llamamientos fundamentada en los vínculos agnaticios y que, por tanto, funciona de espaldas a la realidad social de una comunidad que construye sus relaciones humanas y políticas en lo familiar de distinta forma ya y que requiere la aceptación jurídica de los vínculos consanguíneos que ahora la integran: esos dos ámbitos son, por supuesto, el posesorio y el procesal, aquéllos que sirvieron para la construcción progresiva del Derecho en la era prejurídica en que acto y rito confluyeron, en virtud de una valoración (ya *jurídica*) de la realidad para reglarla. La *bonorum possessio* puede, de un lado, y emblemáticamente, configurarse como un mecanismo pretorio para procesalmente corregir en lo posesorio lo dispuesto en el derecho civil<sup>87</sup> (en el *testamentum* o según el orden *ab intestato* de las Tablas), para procesalmente atribuir la posesión de los bienes hereditarios al margen de un derecho civil que nada dispone al respecto<sup>88</sup>; también, por supuesto, para completar procesalmente y en lo posesorio al heredero civil si lo solicita<sup>89</sup>. Pero lo más característico de la figura es que tal atribución construye un derecho (pretorio en este caso) de la única forma en que genéticamente pueden crearse derechos: por vía de la defensa<sup>90</sup> del hecho que, al cualificarlo, lo eleva a categoría jurídica.

9. Sin embargo, la actuación pretoria, que sólo podía producirse desde el cauce procesal y por tanto desde la *forma*, tendió a la marginación de la misma como soporte fundamental del derecho en lo material: la forma *adjetiva* del proceso sirve para desterrar del nuevo Derecho las formas *substantivas* que habían caracterizado al antiguo. La propia elaboración de la *actio Publiciana* es buena prueba de ello; se tiende, con ella, a superar los defectos y problemas provocados por el exceso de formalismo de la *mancipatio* y, al mismo tiempo, se desplaza a la *reivindicatio* como mecanismo de defensa más utilizado por los propietarios, pues hasta los dueños civiles optaban por la defensa más rápida, menos formal y precisamente por ello más eficaz del mecanismo pretorio. Pero será en el campo, casi virgen, de las obligaciones donde el exacerbado formalismo del *ius civile* recibirá una respuesta más contundente. La *stipulatio*, como *forma* casi única de obligarse en derecho civil, se descompondrá en lo substancial, sin dejar de existir en lo *formal*, en multitud de figuras que estaban subsumidas en la carnalidad apabullante de su forma hueca: vacía, la estipulación podía llenarse de cualquier contenido y la *obligatio* nacía en el instante en el que ambos contrayentes quedaban *adheridos* en virtud de la promesa: a ellos y a ella, en virtud de la forma. Ahora, en el derecho del pretor, los contenidos saltan al primer plano y será el *consensus*<sup>91</sup>, como elemento *puro*

<sup>85</sup> Cfr. Gai. 3, 34-37; Gai. 4, 144; D. 43, 2, 1 pr.; vid. sobre ella LEIST, *Die Bonorum possessio, Glück Erläuterung der Pandekten*, 36-37 (Göttingen, 1844-1848), 2 vols, con traducción al italiano anotada de Brugi, Ferrini y Cugia, *Commentario alle Pandette del Glück* (Milano, 1906-1909), 3 vols.; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento*, cit., p. 229 y ss.; PASTORI, *La definizione della "bonorum possessio"*, *Studi De Francisci*, 3 (Milano, 1956), p. 597 y ss.; VOCI, *Diritto ereditario*, cit., pp. 130 y ss., 177 y ss.; STIEGLER, "Bonorum possessio ordinaria" und "extraordinaria", *Studi Volterra*, 4 (Milano, 1971), p. 231 y ss.; DONATUTI, "Bonorum possessio", *Studi*, 2 (Milano, 1977), p. 10 y ss.; VACCA, *In tema di "bonorum possessio contra tabulas"*, *BIDR*, 80 (1977), p. 159 y ss.

<sup>86</sup> Remito a CASTRO, *Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del derecho: "bonorum possessio" e "in bonis habere"*, cit., *passim*.

<sup>87</sup> D. 1, 1, 7: ...*corrighendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*.

<sup>88</sup> D. 1, 1, 7: ...*supplendi... iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*.

<sup>89</sup> D. 1, 1, 7: *adiuvandi... iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*.

<sup>90</sup> Sobre el interdicto *quorum bonorum*, cfr. Gai. 3, 34; Gai. 4, 144; D. 43, 2, 1, pr.; vid., además, DENOYEZ, *La possession pro herede aut pro possessore dans l'interdit quorum bonorum*, *Studi Arangio-Ruiz*, 2 (Milano, 1952), p. 287 y ss.

<sup>91</sup> Vid. sobre este tema en general MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du Préteur* (Paris, 1958).

de la relación obligacional, lo que determinará la naturaleza específica de la relación obligatoria, estableciendo el momento en que nace el vínculo entre las partes. El rígido derecho de una sociedad de inseguridades como la arcaica, estática y agrariamente apegada a la tierra, requería de la certeza insoslayable de las formas, de la estipulación y los negocios formales, del *rito*. La nueva sociedad, segura de sí, mercantil y dinámica, necesita de figuras jurídicas que faciliten los intercambios que la nueva contextura social demanda en la esfera de lo patrimonial: nacen las obligaciones *consensu contractae*<sup>92</sup>, por entero desconocidas para el *ius civile*, obligaciones por entero *aformales* y que se sustentan en la etérea realidad -casi irreal- del consentimiento, es decir, de la buena fe. Es, ciertamente, una oposición de *reales irrealidades*: la certeza de la *stipulatio* es también la certeza de su inflexibilidad, de su incomodidad, de su *irrealidad* en el ámbito de una sociedad desacralizada, que sólo ve en formalismos de raigambre pseudoreligiosa inconvenientes para la flexibilidad del mercado; lo que se necesita, lo que socialmente se demanda en una época de expansión en todos los sentidos es una serie de vehículos jurídicos aptos para facilitar las necesidades de una sociedad en movimiento (en *cambio*), donde las transacciones e intercambios son constantes en lo económico, y deben serlo en lo jurídico en proporción semejante.

10. La superación del rito como canal fundamental en lo jurídico queda consignada en el derecho pretorio por la articulación jurídica, a través de la concesión de nuevas acciones, a situaciones de hecho *indefensas* y por tanto *ajurídicas*, de nuevas realidades sociales, en definitiva, que se convierten en instituciones *jurídicas* al ser *defendidas*. Este proceso tiene lugar, de forma emblemática, a través de las nuevas figuras contractuales consensuales, que pronto se convierten en los modos por excelencia de obligarse, precisamente por su lejanía del rito, por su no-formalismo, por su adecuación a las circunstancias económicas y sociales de la nueva Roma de la expansión, por su rapidez y eficacia en las transacciones. Pero junto a ellas, el derecho pretorio da acogida a figuras contractuales que, fundándose necesariamente en el consentimiento de las partes, adhieren como elemento constitutivo la entrega de un bien, hasta el punto de que es *en principio* la dación y no el acuerdo lo que fija el nacimiento de la vinculación obligatoria: son las *obligationes re contractae*<sup>93</sup>, que, magmáticamente, conocía, en regulación pobre, poco perfilada en sus matices, el propio *ius civile*. En realidad, el consentimiento sigue siendo en ellas, como en todas las obligaciones contractuales, el elemento constitutivo. Lo que ocurre es que en ellas el consentimiento no se manifiesta *limpiamente* como en las obligaciones más nuevas que, fundamentadas tan sólo en el *consensus*, se perfeccionan por él y desde él sin aditamento alguno; en las *obligationes re contractae* el consentimiento se muestra en la entrega de la cosa: es su canal de materialización y, por ello, el elemento externo que hace perceptible a los ojos del mundo, de la sociedad, el vínculo que ha nacido. En realidad, siendo el Derecho algo que *es* ante los demás *o no es*, es la propia entrega, la *datio*, lo que hace nacer la *obligatio*, porque en ella, por ella, el *consensus* se ha materializado. La *datio* es la *carnalización* del consentimiento, como

<sup>92</sup> Cfr. Gai. 3, 135-136; I. J. 3, 22 pr.; vid. a este respecto PRINGSHEIM, *L'origine des contrats consensuels*, RH, 32 (1954), p. 475 y ss.; MAGDELAIN, *Le consensualisme...*, cit., p. 5 y ss.; BÄRMANN, "Pacta sunt servanda". *Considérations sur l'histoire du contrat consensuel*, Rev. intern. de droit comparé, 13 (1961), p. 18 y ss.; BENÖIR, *Das sogenannte "Synallagma" in Konsensalkontrakten des klassischen römischen Rechts* (Hamburg, 1965).

<sup>93</sup> Sobre ellas vid. VERDAM, *Riflessioni sulla validità della categoria dei contratti reali*, Studi Albertario, 2 (Milano, 1952), p. 743 y ss.; MASCHI, *La categoria dei contratti reali: Corso di diritto romano* (Milano, 1973); MAC CORMACK, *Gift, debt, obligation and the real contracts*, LABEO, 31 (1985), p. 151 y ss.; HERRERA BRAVO, "Obligatio re" y contrato real en el sistema contractual romano, *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, 3 (Madrid, 1989), p. 369 y ss.; WUBBE, *I contratti reali alla fine della Repubblica*, Atti Copanello 1988 (1990), p. 109 y ss.; BISCARDI, *La dottrina romana dell'"obligatio rei"* (Milano, 1991); en su pobre regulación decenviral han sido tratadas aquí, *supra* & 5.

la forma lo es en la *stipulatio*<sup>94</sup>: son entrega y promesa, no una entrega cualquiera, sino la que en virtud de un consentimiento mutuo incorpora la obligación de devolución, no una promesa cualquiera, sino la que se vuelca voluntariamente por el *consensus* de ambos en la forma preestablecida de la estipulación, las que conllevan, *implicitas*, más aún, *impresas*, las huellas dactilares en que el consentimiento *se explicita*.

El pretor, desde luego, impulsa la trascendencia jurídica del *consensus*, y lo hace, no sólo por la creación de las figuras puramente *consensuales*, sino por la *consensualización* externa de obligaciones necesariamente consensuales pero no sólo consensuales: de obligaciones consensuales en una *esencia* que se hace *evidencia* por el medio material de la entrega. Es, desde esta perspectiva jurídica que el pretor mantiene hacia la consensualización de las obligaciones, como las *obligationes re contractae* terminan por adaptarse perfectamente al nuevo diseño jurídico del *ius honorarium*, se perfilan, crecen y se expanden: en un consentimiento que se expresa, eso sí, no en sí y por sí mismo, sino a través de una entrega voluntariamente efectuada y voluntariamente aceptada. A la monocrorde *datio* sin perfiles del derecho arcaico suceden contratos reales delineados exquisitamente por acciones que dibujan sus contornos, que fijan sus figuras, identificándolas. Por ello, estas figuras contractuales se defienden con fórmulas *in ius* y con fórmulas *in factum*, y éstas preceden en el tiempo a las otras; por ello, también, se estructuran como contratos de buena fe: una y otra cosa ocurren tanto en el comodato<sup>95</sup> como en el depósito<sup>96</sup>, aunque sólo es seguro en el segundo caso.

Así lo acredita Gayo en ambos supuestos:

Gai. 4, 47: *Sed ex quibusdam causis pretor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, ueluti depositi et commodati.*

En esta óptica los contratos reales elaborados en el Edicto por el pretor suponen la juridización del acto, del hecho posesorio. Si el derecho honorario representa indudablemente la superación del otro elemento genésico del edificio jurídico, la forma, arrin-

<sup>94</sup> Pero de una forma bien distinta; las *obligationes re contractae* y *consensu contractae* son causales; las *verbis* y *litteris contractae* son abstractas; en éstas el consentimiento se da pero es *juridicamente* irrelevante, al subsumirse en el vaciado de la forma prefijada, cuya sacralidad inmanente es el elemento distintivo del vínculo, de la atadura; en aquéllas el *consensus* es fundamental en lo jurídico, al ser cauce de la causa que provoca la entrega; vid. en qué sentido *infra* & 11 y n. 109.

<sup>95</sup> Vid., no obstante, PASTORI, *Il comodato nel diritto romano* (Milano, 1954), muy completo; más específicamente sobre este aspecto en concreto, cfr. *idem*, *Sulla duplicità formulare dell' "actio commodati"*, LABEO, 2 (1956), p. 89 y ss.; PARICIO, *La pretendida fórmula "in ius" del comodato en el Edicto pretorio*, RIDA, 29 (1982), p. 235 y ss.; TARDIVO, *Studi sul "commodatum"*, 1. *Duplicata formulare*, 2. *Responsabilità*, AG, 204 (1983), p. 1 y ss.; PARICIO, *La primitiva protección procesal del "commodatum"*, AHDE, 54 (1984), p. 587 y ss.; *idem*, *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato (Contraposición entre D. 13, 6, 13 pr. y D. 12, 6, 17, 5)*, Studi Biscardi, 6 (Milano, 1987), p. 355 y ss. La acción *in factum* data de la segunda mitad del siglo I a.C.; la *in ius*, más reciente, de finales del siglo I, comienzos del siglo II; honda controversia, y no peregrina, dado la procesalidad inherente al derecho de Roma, ha suscitado la naturaleza de buena fe de la acción *in ius*, dado que no aparece incorporada en el título edictal de *bonae fidei iudicia* y que Gayo (4, 62) no la incluye en su elenco de acciones de tal clase; para LEVY, *Zur Lehre von den sog. Actiones arbitrarie*, ZSS, 36 (1915), la acción en cuestión no es de buena fe, como tampoco para KASER, *"Oportere" und "ius civile"*, ZSS, 83 (1966), p. 30 y ss., que de forma un tanto extraña, como ya advirtiese PARICIO, *La pretendida fórmula...*, cit., p. 237, n. 7, afirma en *idem*, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 534, sin embargo: "doch wurde sie von den Juristen in wesentlichen Beziehungen den "bonae fidei iudicia gleichgehalten"; por su parte, D'ORS, *"Credutum" y "contractus"*, AHDE, 26 (1956), p. 186 y ss -vid. ZSS, 74 (1957), p. 76 y ss-, niega claramente la existencia de una fórmula *in ius* para el *commodatum*.

<sup>96</sup> Cfr. BURILLO, *Las fórmulas de la "actio depositi"*, SDHI, 28 (1962), p. 233 y ss.; HERRERA BRAVO, *"Fides" y "depositum"*, Sodalitas, 1 (Granada, 1980), p. 69 y ss.; PANERO, *"Deponere" y "reddere" en la "actio depositi in factum"* (Barcelona, 1989). Sobre la existencia de una ulterior acción *in ius*, que aporta la nota de *bona fides* al depósito, no cabe duda alguna, entre otras razones precisamente por dicha nota, que conlleva una distinción con respecto a la originaria acción *in factum*, que desde luego pervivió pese a esto.

conada por la consensualización de las obligaciones, queda claro que la realidad *ideal* jurídica no puede prescindir de la realidad *real* posesoria, que es el soporte inevitable sobre el que asentar las construcciones jurídicas en todo momento: es así en la génesis de las primeras figuras jurídicas (derecho civil), también en la revolución de las modernas que vienen a completarlas o sustituirlas (derecho del pretor). Sólo cabe la expansión absoluta de *lo jurídico* frente a *lo fáctico*, mediante la *juridización* total del fenómeno posesorio, que, sin poder prescindir de lo que es connatural al hombre en su modo espontáneo e insoslayable de relacionarse con las cosas del mundo en un mundo de cosas, puede imponerles la *idealidad* del derecho en la proporción que sea posible: precisamente la naturaleza inevitablemente consensual de todas las obligaciones cumple esa función y en ninguna obligación queda tal realidad más realizada que en las de carácter real, donde el consentimiento obligacional queda materializado precisamente en virtud de la entrega de la cosa. Quizás, por ello mismo, la consensualidad inherente a las obligaciones, que no es sino una manifestación en el campo de los derechos de crédito de la posición preeminente que el *consensus* ocupa necesariamente en todas las relaciones económicas<sup>97</sup> entre dos sujetos de derecho, se manifiesta con especial relevancia en la configuración de todas estas figuras pretorias de *obligatio re contracta*; en ellas se procede a la plasmación en lo jurídico de situaciones que aparecían en el viejo derecho subsumidas en el magma informe de las *datationes*: alguien da un objeto para que se lo devuelvan al cabo y es la primera entrega la que condiciona la segunda, tutelándose la segunda *datio* con la acción genérica de la *condictio*<sup>98</sup>. En derecho arcaico la relevancia jurídica recae sobre el hecho dado de dar, que marca el nacimiento de la *obligatio*<sup>99</sup>, sobre el hecho esperado de devolver, que condiciona la *solutio*<sup>100</sup> de la obligación contraída, y esto precisamente por tratarse de un derecho de (pocas) certezas frente a un mundo de (constantes) inseguridades, en donde el consentimiento no aporta seguridad alguna y no sirve en sí mismo para el surgimiento de ningún *creditum*<sup>101</sup>. Pero, naturalmente, el *consensus* se da: sin él, no hay obligación. Sin él, en realidad, no hay relación patrimonial alguna entre individuos. El derecho pretorio no puede por menos que desgajar de ese caos magmático figuras que, al ser hechos, son defendidas antes *in factum* que *in ius*; no puede sino crear contratos que, precisamente en virtud de su intrínseca consensualidad, no tenida en cuenta por el *ius civile*, pero destacada aquí y en todas partes por un *ius honorarium* marcado por una sociedad nueva de intercambios (por tanto, de acuerdos), serán configurados como de *bona fides*<sup>102</sup>: es decir, como figuras contractuales donde específicamente se terminará defendiendo la buena fe, porque sin ella no hay consentimiento. O lo que es lo mismo: el vínculo se perfecciona con la entrega de la cosa, pero ésta, en la tipificación procesal de la figura llevada a cabo por el pretor donde antes no

<sup>97</sup> Pero no, y es muy significativo, en las relaciones no económicas, de tipo familiar, donde el papel del consentimiento es mucho más relativo: relevante en el matrimonio, donde es elemento constitutivo y donde además debe mantenerse en forma de *affectio maritalis* para el sostenimiento del *consortium*, resulta irrelevante en las relaciones paterno-filiales, donde el vínculo se inclina demasiado de lado del *paterfamilias*.

<sup>98</sup> Vid. *supra* n. 14.

<sup>99</sup> En el sentido etimológico de *ob-ligare* o atadura voluntariamente establecida entre dos sujetos.

<sup>100</sup> En el sentido amplio de *solvere* como contrapunto de *ligare*, cumplimiento de la prestación que libera de la atadura obligacional a quien voluntariamente vino a convertirse en deudor; vid. los términos en que en tal sentido se expresa IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., p. 448 y ss. Naturalmente sobre la *solutio* vid. CRUZ, *Carácter crediticio da "solutio" na época clássica do Direito romano* (Coimbra, 1957), pero sobre todo *idem*, Da "*solutio*". *Terminologia, conceito e características* (Coimbra, 1962).

<sup>101</sup> En el sentido sobre todo de crédito como oposición a débito. Para disquisiciones sobre el alcance más o menos estricto de *credere*, en las que aquí no hace al caso entrar, vid. D'ORS, "*Creditum*", AHDE, 33 (1963), p. 345 y ss.; *idem*, *De nuevo sobre "creditum"*, SDHI, 41 (1975), p. 205 y ss.; sobre los perfiles etimológicos del término vid. PARIENTE, *Sobre la etimología de "credere"*, SDHI, 19 (1953), pp. 340-341.

<sup>102</sup> Cfr., no obstante, ROBAYE, *Le prêt d'usage est-il un contrat de bonne foi en droit romain classique?*, RIDA, 36 (1989), p. 351 y ss.



había sino una situación de hecho, funciona, básicamente, como prueba de un consentimiento; de otro modo, el contrato no se concibiría en el edicto como de buena fe. El *consensus* se impone así en y por la *datio*, y la realidad posesoria, que no puede ser arrinconada, como el recurso a la forma, porque, en definitiva, se trata de un dato más natural que jurídico, viene a ser definitivamente juridizada.

11. El resultado en derecho clásico es, a la postre, el único que realmente cabía a tenor de los cambios en todos los órdenes producidos: de los dos elementos necesariamente inherentes al proceso que dio en época genética (prehistórica: prejurídica) a la postre con la progresiva configuración del edificio todo de los derechos (básicamente de los patrimoniales, pero no sólo<sup>103</sup>) la forma, debida a la naturaleza de una sociedad trascendente y por ello primaria en sus modos de convivencia materiales, fue superada cuando la mercantilización de la economía romana sigue a la *descontaminación* religiosa a que el progreso, precisamente material de la sociedad, conducía inexorablemente. La flexibilidad inherente a una economía de intercambios propicia, reclama, una flexibilidad en la elaboración de figuras que proporcionen a la realidad del naciente mercado los cauces jurídicos oportunos. La seguridad cede ante la idoneidad; la certeza ante la eficacia. El *consensus*, tenido por fuente de peligrosa confusión en una época que como la arcaica de Roma (como cualquiera del desarrollo primerizo de una cultura) ama por encima de todo la certidumbre —precisamente porque no la tiene en casi nada—, se abre paso y su defensa hace que las relaciones por todos utilizadas fuera del derecho entren en éste: así, nacen al Derecho figuras que sólo se aplicaban en los márgenes no coactivos del *officium*: algunas seculares, como el *mandatum*<sup>104</sup>, último de los contratos consensuales en cuajarse jurídicamente; o como el *depositum*, antiquísimo en el orbe de lo oficioso, configurado en virtud de una entrega que, precisamente por lo ajurídico de la figura durante siglos, venía a derivar directamente del *consensus* de uno (depositario<sup>105</sup>) a custodiar<sup>106</sup> el bien mueble entregado por quien lo posee (depositante<sup>107</sup>). Todas estas figuras obligacionales *re con-*

<sup>103</sup> Lo hemos visto; vid. *supra* & 4.

<sup>104</sup> Para todo esto vid. especialmente ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano* (Napoli, 1949); WATSON, *Contract of mandate in Roman Law* (Oxford, 1961).

<sup>105</sup> Tal para el Derecho desde que se le concede una acción a quien da en custodia para que él custodie; en paralela consonancia a la mercantilización del tráfico, a la inherencia de una onerosidad en la conserva de la cosa, a la progresiva pérdida de la gratuidad como elemento constitutivo del *contractus*, en definitiva, se le concederá al depositario una *actio depositi contraria* (vid. D. 16, 3, 23) para reclamar unos hipotéticos gastos de conservación de la cosa que en el período clásico él sólo puede exigir por el procedimiento *ope exceptionis* de la compensación, en última instancia por el *ius retentionis*. Sobre la evolución de la figura vid. sobre todo ROTONDI, *Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano, Scritti giuridici* (Milano, 1922), 2, p. 1 y ss.; BONIFACIO, s. v. *Deposito (diritto romano)*, NNDI, V (1960), p. 495 y ss.; GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana* (Milano, 1976); para su supervivencia y evolución posterior vid. NEGRI, *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, en *Digesto. Discipl. Privatistiche. Sez. Civile*, 5 (1989), p. 219 y ss.; recientemente PANERO, *El depósito*, *Estudios Murga* (Madrid, 1994), p. 251 y ss.

<sup>106</sup> Vid. sobre el deber de custodia HERRERA BRAVO, *La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito*, *Estudios Iglesias*, cit., p. 1417 y ss., con una perspectiva propia del tema; más genéricamente, y ya sobre tema de responsabilidad por custodia, vid. *idem*, *Planteamientos generales sobre responsabilidad por custodia en el derecho romano, en la tradición romanística y en la Codificación*, RDP, 73, julio-agosto (1993), p. 663 y ss., en la que se marca las pautas generales de la evolución jurídica de la figura; también SERRANO VICENTE, *La responsabilidad por custodia en derecho romano clásico*, en preparación, con interesantes conclusiones. Sobre la responsabilidad del depositario en general cfr. Gai. 3, 207 (= I. J. 4, 1, 17); *Coll.* 10, 2, 1; Paul. 2, 12, 6; D. 13, 6, 2; D. 16, 3, 1, 35; el controvertido D. 16, 3, 32; D. 47, 7, 1, 15; en cualquier caso, vid. *infra* n. 108.

<sup>107</sup> Tal para el Derecho desde el instante en que son integradas en el edicto pretorio acciones que, tutelando el *factum* de su posición no jurídica, primero, lo convierten en titular ya de un derecho (pretorio) de crédito, si bien no técnicamente de un derecho (civil), concibiendo *in ius* su señoría, después, enriquecen la protección de quien es ya ante sí y su deudor titular plenamente de un derecho. Cfr. Gai. 4, 47; Gai. 4, 60; I. J. 4, 16, 2.

*tractae*, y no sólo las específicamente consensuales, nada tienen que ver con el otro soporte medular del edificio jurídico, la forma, y si cabe aún menos en el derecho pretorio, dentro de la genérica consensualización que se ha propiciado. La forma (de la *stipulatio*, que se da sola y *es*; de la *mancipatio*, que se da acompañada por la *traditio* para *poder* ser) es, en sí misma, jurídica: no puede juridizarse, puede tan sólo verse superada jurídicamente por la aparición de nuevas figuras -también jurídicas-, en puridad, de formas no formales. Eso determina que las formas estipulatorias sean simplemente arrinconadas por las nuevas figuras, mucho más eficaces, fundadas en el *consensus*. La posesión, en cambio, es prejurídica, es decir, substancialmente ajurídica, generadora de derechos, sí, y, en cuanto tal, susceptible, no ya de superación jurídica, sino de *preñamiento* jurídico: tal se logra, desde luego, en la defensa que propicia la consensualización de figuras que derivan de la *datio*, de figuras tenidas como *re contractae*. Resulta muy significativo que no sea la *condictio*, tras la elaboración de las nuevas figuras pretorias *re contractae*, el vehículo de defensa de *depositum* o *commodatum*. Y no lo es, ciertamente, porque la cualificación procesal de estas dos figuras se hace derivar del acuerdo que produce la entrega más que de la entrega misma: piénsese que en la *datio ob rem* el acuerdo que subyace en la entrega es irrelevante y que lo que obliga a restituir es el hecho de que uno de los dos *no contratantes* se adelanta a cumplir lo que no tiene porqué cumplir en virtud de un acuerdo que en sí mismo no obliga; ocurre entonces que la otra parte *no contratante* no puede retener porque no tiene causa para hacerlo y se impone la repetición, con la cobertura de la *condictio*. Algo similar ocurre con la *datio ob causam* y también con la *datio mutui*, única de las viejas *dationes* que en la clasificación postclásica es concebida como contrato real. Es de destacar otro hecho, que me parece que es mucho más que un simple detalle: posteriormente, y precisamente en virtud de la creciente atención que, por necesidades de los intercambios comerciales, ha de prestar el pretor al consentimiento como fuente en sí misma de obligaciones, digna por tanto de defensa, se concederá a quien se adelantó a cumplir una *actio in factum* -la *actio praescriptis verbis*-, por la que se reclama, no el valor de la cosa entregada, sino el de la contraprestación *acordada*: en este mecanismo procesal, como se ve, sí tiene relevancia el acuerdo, que es lo que se protege, y en virtud de lo que se reclama; lo que ocurre es que tal *consensus* se virtualiza a través de la *datio*, indisoluble de aquél. Tal fenómeno de valoración jurídica -siempre por vía procesal en derecho romano- es semejante al que se produce en la tipificación de depósito y comodato, con la única diferencia, a favor de la estructura mucho más consensual de éstos, de que aquí el *consensus* se materializa en una figura contractual y en la *datio ob rem* no: de ahí que en época postclásica estas *dationes* reciban el nombre de contrato innominado, de ahí también que depósito y quizás como dato sean defendidos por acciones de buena fe, a la postre, en cuanto la Jurisprudencia perfecciona sus mecanismos, con todas las ventajas procesales<sup>108</sup> que ello conlleva, siendo considerados por tanto como figuras contractuales de *bona fides*. La evolución, dibujada en sus líneas maestras por un progresivo despojar-

---

<sup>108</sup> Entre ellas, y aparte del mantenimiento de la responsabilidad por dolo introducida por la primitiva acción *in factum*, se extiende la responsabilidad del depositario a todos aquellos supuestos en los que se producen por su parte comportamientos culposos que perjudican la conservación de la cosa, extendiéndole incluso el riesgo (*periculum*) por caso fortuito: así ocurre si el depositario se ofrece espontáneamente para custodiar la cosa y, emblemáticamente, si el *depositum* ha sido realizado también en su interés, como ocurre siempre que se deja al depositario una cantidad de dinero que por voluntad suya puede convertirse en prestada. La cobertura alcanza también la restitución de los frutos o incrementos producidos por la cosa depositada y la acción civil concurre con la penal en caso de *furtum usus*; la acción cubre, además de todos estos supuestos ordinarios de ejercicio *pasivo* de la custodia, con autorización expresa del depositante e incluso mediando simplemente buena fe, el uso de la cosa en un ejercicio *activo* de aquélla, aunque el objeto ha de ser fungible, ya que, si no, se trata de un comodato, o al menos no identificable, pues, en caso contrario, se habla de mutuo, salvo que se puedan reclamar las cosas fungibles depositadas y los correspondientes intereses en cualquier momento, tratándose entonces de un depósito irregular: la acción de buena fe permite, desde luego, la reclamación de los intereses del capital, sin necesidad de convenio al respecto.

se de formas hacia la etérea flexibilidad del *consensus* como fundamento del existir, que en Derecho es siempre co-existir, continúa más allá de los límites temporales en sentido estricto del ordenamiento jurídico romano, encarnándose en las figuras obligacionales de nuestros históricos derechos nacionales, donde la consensualización iniciada en derecho romano halla su culminación definitiva<sup>109</sup>.

Pero eso es ya otro tema.

---

<sup>109</sup> Sobre todas estas cuestiones contenidas en & II, vid. si se desca, muy recientemente, CASTRO, *Consensualidad, naturaleza y régimen en el depósito romano y su evolución posterior en derecho español*, en vías de publicación.